

**Hovedanklagerens plikter i forbindelse med
forsvarets innsynsrett inntil bekreftelse av
tiltaledokument ved
Den internasjonale straffedomstol**

Kandidatnummer: 552

Veileder: Dr. juris Jo Stigen

Leveringsfrist: 25. April 2006

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 15633 ord

09.05.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema Problemstilling	1
1.2	Avgrensning	4
1.3	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER – METODE</u>	<u>5</u>
2.1	Innledning	5
2.2	Romavedtektene artikkel 21	6
2.2.1	Primære rettskilder	7
2.2.2	Sekundære rettskilder	10
2.2.3	Tertiære rettskilder	15
2.2.4	Øvrige rettskilder	18
<u>3</u>	<u>HENSYN BAK FORSVARETS RETT TIL INNSYN</u>	<u>20</u>
3.1	Mistenkte	20
3.2	Hovedanklageren og Hovedanklagerens kilder	24
<u>4</u>	<u>REGELREGIME</u>	<u>27</u>
4.1	Innledning	27
4.2	Generelt om innsynsreglene ved ICC	28
4.3	De alminnelige regler for innsyn	30

4.3.1	Grunnleggende rettigheter – Romavedtektene artikkel 61(3)	30
4.3.2	Vitner	33
4.3.3	Inspeksjon	38
4.4	Bevis som kan antyde den mistenktes uskyld	40
4.5	Unntak	44
<u>5</u>	<u>VURDERING – OPPSUMMERING</u>	<u>48</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>
<u>7</u>	<u>RELEVANTE BESTEMMELSER</u>	<u>A</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema Problemstilling¹

Innsyn i anklagerens bevis og materiale er i enhver strafferettslig behandling avgjørende for at en mistenkt effektivt skal kunne foreberede sitt forsvar.

Innen rimelig tid før høringen om bekreftelse av tiltaledokument ved Den internasjonale straffedomstol (ICC) skal mistenkte få en kopi av tiltaledokumentet og informeres om de bevis Hovedanklageren vil legge frem under høringen.² Sikrer denne alminnelige bestemmelsen om innsyn, og prosessen rundt, mistenktes rett til en rettferdig rettergang? Er partene likestilte etter et slikt innsyn, eller bør det stilles strengere krav til Hovedanklagerens plikter overfor mistenkte og vedkommendes forsvarer?

Etterforskningen av en sak som faller innenfor domstolens jurisdiksjon utføres av Hovedanklageren. Gjennom etterforskning og herunder bevisinnsamling, både for og mot den mistenkte,³ opparbeider Hovedanklageren en saksmappe av betydelig omfang for selve rettsbehandlingen. Innholdet i denne saksmappen har den mistenkte delvis innsynsrett i etter Romavedtektene og prosessreglene. I tiden mellom mistenktes første møte for retten og frem til bekreftelseshøringen gjelder dette innsynet dokumenter og bevis med relevans for bekreftelsen av tiltalen. Innsynet skal gjøre mistenkte og forsvareren godt kjent med saken for å kunne forberede et best mulig forsvar. Effektiv tilgang til kvalitativt nyttig informasjon fra Hovedanklageren er derfor helt avgjørende.

¹ Utarbeidet etter idé av seniorforsker Morten Bergsmo, PRIO.

² Romavedtektene artikkel 61(3). Min oversettelse; dette gjelder gjennomgående for resten av oppgaven. De mest sentrale bestemmelsene er gjengitt på originalspråket engelsk, ett av seks offisielle språk ved ICC, i eget vedlegg – punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

³ Romavedtektene artikkel 54(1)(a).

I denne oppgaven vil jeg se nærmere på de plikter Hovedanklageren har i forbindelse med forsvarets innsynsrett frem til bekreftelse av tiltaledokument. Jeg vil analysere det rettslige regimet ved ICC, drøfte hensynene bak og vurdere dette opp mot alminnelig anerkjente prinsipper som rettferdig rettergang, da særlig med tanke på likhetsprinsippet, og effektiv rettsbehandling.⁴ Målet er å finne en balanse mellom Hovedanklagerens og forsvarets interesser.

Bakgrunnen for temaet om innsynsrett før bekreftelse av tiltaledokument ved ICC ligger i domstolens og andre internasjonale strafferettslige jurisdiksjoners praksis og erfaringer. Et nærliggende eksempel er fra ICCs første og hittil eneste sak som har vært oppe for bekreftelse av tiltaledokument; saken mellom Hovedanklageren og Thomas Lubanga Dyilo.⁵ Gjennom hele perioden fra Dyilos første møte for forundersøkelseskammeret 20. mars 2006 og frem til bekreftelseshøringen 9. november 2006 var innsynsretten et sentralt tema. I utgangspunktet var høringen planlagt gjennomført tre måneder etter Dyilos første møte, men to utsettelse forsinket høringen i nesten fem måneder.⁶ Innsynsprosessen var en sentral årsak til denne forsinkelsen,⁷ og det selv etter at forundersøkelseskammeret hadde satt opp et system for innsyn i avgjørelse av 25. mai 2006.⁸ Problemet var både at Hovedanklageren brukte for lang tid til å ”sortere ut” og gi informasjon og at forsvaret fikk for store mengder med data som det tar tid å sette seg inn i og skille ut relevant informasjon

⁴ SP artikkel 14 og EMK artikkel 6.

⁵ The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Case No ICC-01/04-01/06.

⁶ Romavedtektene artikkel 61(3) krever at høringen skal finne sted innen rimelig tid etter mistenktes første møte for retten.

⁷ Første utsettelse var etter begjæring fra Hovedanklageren for å sikre sikkerheten til vitner før innsyn i deres forklaringer kunne gis (ICC-01/04-01/06-126 av 24.05.2006). Andre utsettelse etter begjæring fra forsvaret for å kunne gå igjennom alle bevis de var gitt innsyn i og på den måten sikre Dyilos rett til rettferdig rettergang. Hovedanklager hadde på dette tidspunktet, ni dager før høringen, enda ikke gitt innsyn i alle bevis som skulle legges frem under høringen (ICC-01/04-01/06-454 av 20.09.2006 utsatte høringen på ubestemt tid. ICC-01/04-01/06-521 av 05.10.2006 satt datoen til 09.11.2006).

⁸ ICC-01/04-01/06-102, etter flere innspill fra begge parter. Heretter: ”innsynsavgjørelsen”.

fra. Lignende eksempler kan hentes fra Jugoslaviatribunalet(ICTY⁹), Rwandatribunalet(ICTR¹⁰) og Spesialdomstolen for Sierra Leone(SCSL¹¹).¹²

Innsynsspørsmål løses forskjellig blant verdens stater, særlig avhengig av hvilket rettssystem de tilhører, hovedsakelig det anglo-amerikanske anklageprinsippet eller det sivilrettslig inkvisitoriske prinsippet. ICCs regelverk er et *sui generis* system utviklet fra de ulike rettssystemene. Romavedtektene hentet mye fra ICTYs vedtekter,¹³ men har en enda større innflytelse fra det sivilrettslige. Sammenblendingen mellom de to systemene kan i enkelte tilfelle gi utilsiktede utfall som forsinkelser på forundersøkellesstadiet. Det kan derfor være av interesse å se nærmere på forståelsen av reglene innenfor disse rettssystemene.

Internasjonale straffejurisdiksjoner er nå godt etablerte institusjoner. Domstolene og tribunalene har vist at de, ved å dømme og straffe individer for grove internasjonale forbrytelser, har en sentral rolle i arbeidet for internasjonal fred og sikkerhet. Men for at domstolene skal oppfattes som rettferdige, må det også stilles strenge krav til deres arbeidsmåter. Skal domstolene opprettholde sin legitimitet og voksende respekt i samfunnet, må blant annet grunnleggende rettigheter som retten til en rettferdig rettergang ikke bare ivaretas, men også utvikles videre. Som Human Rights Watch uttalte under forhandlingene av prosessreglene¹⁴:

⁹ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, opprettet av FNs Sikkerhetsråd i resolusjon 827 25.05.1993 (S/RES/827 (1993))

¹⁰ International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, opprettet av FNs Sikkerhetsråd i resolusjon 955, 08.11.1994 (S/RES/955 (1994))

¹¹ Special Court for Sierra Leone, opprettet i avtale mellom FN og regjeringen i Sierra Leone den 16.01.2002. FNs Sikkerhetsråd resolusjon 1315(2000)

¹² Se Calvo-Goller (2006) s.138 og Knoops (2005) s.160. Eks: ICTY: Prosecutor v. Tadić og SCSL: Prosecutor v. Brima.

¹³ Som opprinnelig var basert på anklageprinsippet, men er etter hvert påvirket av det inkvisitoriske prinsipp.

¹⁴ "Rules of Procedure and Evidence" – RPE

“The ICC’s Rules will make an important contribution to international standard setting, being a potential point of reference for, and influence upon, national standards of justice. This underscores both the significance of the enterprise and the importance of conforming to international human rights law”.¹⁵

Innsynsreglene er en viktig del av dette bidraget.

1.2 Avgrensning

Oppgaven omhandler Hovedanklagerens innsynsplikter overfor mistenkte og forsvareren frem til bekreftelseshøringen. Det vil derfor være hensiktsmessig å avgrense mot forsvarrets innsynsplikter og kommunikasjon av bevis til forundersøkelseskammeret. Videre vil jeg også avgrense mot innsyn før hovedforhandlingen, jf. Romavedtektene artikkel 64 og RPE regel 84.

1.3 Den videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil jeg i kapittel 2 redegjøre for rettskildebildet og den juridiske metoden som skal anvendes ved tolkningen. Kapittel 3 omhandler hensynene bak forsvarrets rett til innsyn. I kapittel 4 vil jeg analysere og drøfte innsynsbestemmelsene ved ICC og avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 foreta en oppsummering og vurdering av reglene.

¹⁵ Human Rights Watch: Commentary to the Preparatory Commission Rules of Evidence and Procedure for the International Criminal Court (Part 1, Feb. 1999) www.iccnw.org

2 RETTSKILDER – METODE

2.1 Innledning

Reglene om innsynsrett ved ICC tilhører den prosessuelle delen av internasjonal strafferett, såkalt internasjonal straffeprosess. Internasjonal strafferett skal (i)forby internasjonale forbrytelser, (ii)oppfordre stater til å inkorporere materielle regler i nasjonal straffelovning slik at internasjonale brudd kan behandles på nasjonalt nivå og (iii)regulere internasjonal strafferettsbehandling(i ICCs sammenheng av komplementær art).¹⁶

Det eksisterer per i dag ingen samlet kodifisering av internasjonal strafferett.¹⁷ I stedet har et løst system utviklet seg fra forskjellige menneskerettslige og humanitærrettslige traktater, vedtektene til de internasjonale straffedomstolene og deres praksis samt nasjonal straffelovgivning og praksis. De ulike straffedomstolene har sine egne systemer som bygger på regelverket til tidligere domstoler, men de er også basert på en rekke variable faktorer som situasjon, bakgrunn/historie og påvirkning fra nasjonale systemer. Dette har medført ulike løsninger for den internasjonale strafferettsbehandlingen. Vil ICC, med tanke på domstolens klart sentrale rolle, utvikle et *sui generis* internasjonalt strafferettssystem?

Fagområdet internasjonal strafferett hører inn under folkeretten og behandlingen vil derfor i utgangspunktet følge folkerettslig metode og tolkning. Som vist over, stammer rettsreglene i tillegg også fra og benytter seg av menneskerettigheter og nasjonal strafferett, noe som også særpreger den metodiske karakteren. For å respektere denne sammensetningen, er det inntatt en egen bestemmelse om relevante rettskilder og tolkningsprinsipper i Romavedtektene.

¹⁶ Cassese (2003) s.15, Knoops (2005) s.1.

¹⁷ Cassese (2003) s.15, Knoops (2005) s.1.

2.2 Romavedtektene artikkel 21

Vedtektene til ICC er en multilateral traktat og ansees således som en primærkilde innenfor folkeretten, jf. vedtektene til Den internasjonale domstol(ICJ)¹⁸ artikkel 38(1)(a).¹⁹

Romavedtektene artikkel 21(1)²⁰ og (2) regulerer domstolens rettskildebruk.

Bestemmelsens 3. ledd redegjør for tolkningsprinsipper som domstolen må følge.

Artikkel 21 er generelt sett en tilpasset versjon av ICJ artikkel 38(1) og utgjør den første kodifiseringen av det internasjonale strafferettslige rettskildebildet.²¹ Instrumentene til tidligere etablerte domstoler hjemler riktignok en viss veiledning til rettskilder, men da bare til materiell og ikke prosessuell strafferett. Eksempelvis gir ICTY-vedtektene veiledning til materielle regler gjennom artikkel 2 til 5. Disse artiklene begrenser rettsanvendelsen til regler innenfor internasjonal humanitærrett som klart er uttrykk for folkerettslig sedvanerett og som medfører individuelt straffansvar,²² men vedtektene inneholder ingen konkrete bestemmelser om relevante rettskilder og gir således ingen veiledning i rettskilder som kan anvendes til forståelsen av eksempelvis innsynsreglene. I praksis har tribunalene fulgt fremgangsmåten i Romavedtektene artikkel 21 ved først å ha vurdert vedtektene og prosessreglene før rettskildene listet i ICJ artikkel 38.²³

Listen over rettskilder i Romavedtektene artikkel 21 er hierarkisk for å ivareta legalitetsprinsippet, et fundamentalt prinsipp i strafferetten, som også er nedfelt i Romavedtektene artikkel 22.²⁴ Denne opplistingen utgjør hovedforskjellen fra ICJ

¹⁸ International Court of Justice, etablert i 1946 som FNs prinsipale rettslige organ, med hjemmel i FN-paktens artikkel 7 og kapittel XIV.

¹⁹ Vedtektene til ICJ er riktignok bare formelt bindende for domstolens rettsanvendelse, men artikkel 38(1) anses likevel som et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten, jf. Pellet (2006) s.700 – se særlig note 147, Ruud (2006) s.70 og McAuliffe deGuzman (1999) s.436

²⁰ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

²¹ McAuliffe deGuzman (1999) s.438 og Cassese (2003) s.26.

²² Shraga (1994) s.363 og Morris (1995) s.51-52.

²³ McAuliffe deGuzman (1999) s.438 og Cassese (2003) s.26. Se eksempelvis Prosecutor v. Erdemović, Judgement, 1997, avsnitt 40.

²⁴ McAuliffe deGuzman (1999) s.436 og 438.

artikkel 38(1), der rettskildene har lik vekt.²⁵ Hierarkiet ved ICC reduserer i utgangspunktet dommernes frie rettsvalg og bidrar til en klarere regelanvendelse som igjen øker forutberegnligheten for den mistenkte. Dommerne er riktignok fortsatt gitt en del frihet, noe jeg vil komme tilbake til senere.²⁶

I det følgende vil jeg se nærmere på de ulike rettskildene i Romavedtektene artikkel 21 og presentere kildene med relevans for denne oppgaven.

2.2.1 Primære rettskilder

Bestemmelsens første ledd bokstav (a) gir Romavedtektene, forbrytelseselementene ("Elements of Crimes" – EC) og prosessreglene status som de primære kildene for domstolen.

Vedtektene til ICC konstituerer og organiserer domstolen, regulerer både materielle og prosessuelle spørsmål samt redegjør for enkelte internasjonale strafferettslige prinsipper. Ved eventuell motstrid gis vedtektene forrang over både EC, jf artikkel 9(3) og RPE, jf. artikkel 51(4). Romavedtektene vil følgelig være utgangspunktet for behandlingen av de spørsmål denne oppgaven reiser.

Forbrytelseselementene skal bistå domstolen i forståelsen av de ulike materielle straffebestemmelsene. EC er skrevet av statspartene til ICC (Statspartsmøtet – Assembly of States Parties – ASP) og vedtatt etter inngåelsen av Romavedtektene.²⁷ Da elementene ikke har prosessuell betydning, vil de ikke være av relevans for oppgaven.

Prosessreglene er også skrevet og vedtatt av ASP,²⁸ noe som skiller ICC RPE fra prosessreglene til ICTY²⁹ og ICTR,³⁰ som er skrevet og vedtatt av dommerne selv, jf.

²⁵ Teori og praksis er riktignok ansett som subsidiaire kilder, jf ICJ artikkel 38(1)(d).

²⁶ McAuliffe deGuzman (1999) s.439.

²⁷ Vedtatt på ASPs første møte i 9.9.2002. ICC-ASP/1/3

²⁸ Vedtatt på ASPs første møte i 9.9.2002. ICC-ASP/1/3

ICTY-vedtektene artikkel 15. ICCs RPE regulerer fremgangsmåten for rettsbehandlingen fra enten (i) en statspart eller FNs Sikkerhetsråd henviser en situasjon til Hovedanklageren, jf. artikkel 13(1)(a) og (b), jf. 14, eller (ii) Hovedanklageren mottar informasjon om antatte forbrytelser, jf. artikkel 13(1)(c), jf. 15, og på bakgrunn av (i) eller (ii) avgjør å sette i gang etterforskning av en sak, og frem til saken er ferdig behandlet. Innsynsretten er hovedsakelig hjemlet i prosessreglene, og regelverket vil derfor, sammen med vedtektene, utgjøre den sentrale kilden for oppgaven.

Utover avgrensningen av og forrangen til de primære kildene, skiller ikke bokstav (a) seg fra det folkerettslige rettskildebildet, noe som blant annet vises gjennom retningslinjene for tolkning av traktater i Wienkonvensjonen artikkel 31. Tolkningsreglene i artikkel 31 til 33 er anerkjent som folkerettslig sedvanerett³¹ og gjelder også for internasjonale straffedomstoler, noe praksis fra ICTY har vist.³² Regelverket til ICC skal derfor, på lik linje med andre traktater, tolkes i samsvar med bestemmelsene i Wienkonvensjonen.

Den alminnelige hovedregel følger av Wienkonvensjonen artikkel 31(1). En traktat skal etter bestemmelsen tolkes ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden, i lys av traktatens gjenstand og formål. Utgangspunktet er følgelig den objektive tolkningsmetode, supplert av den teleologiske, traktatens formål.³³ Til formålstolkningen vil særlig Romavedtektenes forale og Sluttakten av 17. juli 1998 samt andre etterfølgende avtaler, slik som forbrytelseselementene og prosessreglene, være til hjelp, jf. henholdsvis 31(2) og (3).³⁴ Subsidiært kan også forarbeider og omstendigheter rundt avtaleinngåelsen trekkes inn, jf. artikkel 32, men dette gjelder kun ved behov for å bekrefte tolkningsresultatet etter artikkel 31 eller i særskilte tilfeller nevnt i artikkel 32 bokstav (a) eller (b), som åpner for å

²⁹ ICTY Rules of Procedure and Evidence, IT/32/Rev.39, vedtatt 11.2.1994 og sist endret 13.9.2006.

³⁰ ICTR Rules of Procedure and Evidence, vedtatt 29.6.1995 og sist endret 10.11.2006.

³¹ ICJ har i flere avgjørelser uttalt at artikkel 31 og 32 er ansett som sedvane. Se Cassese (2005) s.179 og Ruud (2006) s.93

³² Cassese (2003) s.27. Prosecutor v. Furundžija, Appeal Chamber Judgement, 21.07.2000, avsnitt 6 og Prosecutor v. Simić *et al.*, Decision, 18.10.2000, avsnitt 47.

Mer om forholdet mellom ICTY-vedtektene og Wienkonvensjonen under punkt 2.2.2 "Sekundære kilder".

³³ Ruud (2006) s.92-93

³⁴ Schabas (2004) s.94.

trekke inn reelle hensyn. Ved motstridende tolkningsresultater mellom de seks offisielle språklige versjonene av vedtektene, reguleres tolkningen av artikkel 33(4).³⁵

Reglene i avsnittet over er ikke ansett som uttømmende tolkningsmomenter.³⁶ For ICCs vedkommende vil i tillegg en egen tolkningsregel i Romavedtektene artikkel 21(3) være sentral.³⁷ Etter denne skal de relevante rettskildene tolkes i samsvar med anerkjente menneskerettigheter. Henvisningen til menneskerettighetsinstrumentene, som for øvrig også er ivaretatt gjennom rettskilden traktater i første ledd bokstav (b),³⁸ bringer tolkningen fra den tradisjonelle folkeretten og over på det internasjonale strafferettslige området.

Tolkningen må på bakgrunn av denne regelen respektere flere fundamentale rettigheter for enkeltindivider som ikke gjør seg gjeldende i en ren folkerettslig sammenheng, der stater normalt er parter. Dette vil ha stor betydning for prosessretten, og følgelig også for tolkningen av innsynsreglene.³⁹ Eksempelvis vil rettigheter til den mistenkte og legalitetsprinsippet kunne sette begrensninger for den tradisjonelle folkerettslige tolkningen.

Anvendelsen av det såkalte effektivitetsprinsippet i formålstolkningen kan føre til en slik konflikt.⁴⁰ Prinsippet er definert av FNs Folkerettskommisjon⁴¹ og anvendt blant annet av ICJ i saken *Libya v. Tsjad*.⁴² Et tolkningsresultat basert på dette prinsippet vil kunne stride mot legalitetsprinsippets krav til klarhet og restriktiv tolkning og dermed undergrave retten til å la tvilen komme mistenkte eller tiltalte til gode, jf. artikkel 22(2). Men, på den annen

³⁵ Denne bestemmelsen er også ansett som folkerettslig sedvane, jf. ICJ LaGrand, 2001, avsnitt 101. Se Cassese (2005) s.179.

³⁶ Ruud (2006) s.93. Eksempelvis reelle hensyn og internasjonale domsavgjørelser om tolkning av traktatbestemmelser.

³⁷ Gjelder også rettskildebruk, ikke bare tolkning. Se Pellet (2002) s.1079 flg.

³⁸ Menneskerettinstrumentene vil også være relevant i tolkningen etter Wienkonvensjonen artikkel 31(3)(c). Mer om dette i Aust (2000) s.195.

³⁹ Juridisk teori har særlig fokusert på menneskerettighetsperspektivet. Årsaken til dette er at forfatterne ofte er menneskerettsjurister med en agenda. Dette øker viktigheten av å se objektivt og nøkternt på reglene.

⁴⁰ Ruud (2006) s.96 og Cassese (2005) s.179

⁴¹ YBILC 1966-II, s.219: "When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted".

⁴² ICJ Rep. 1994 s.6 på s.25

side, kan en utvidende tolkning etter effektivitetsprinsippet også være et utslag av dynamisk tolkning, at innholdet skal tolkes i samsvar med dagens oppfatning. Denne metoden er særlig relevant på det menneskerettslige området og har medført en styrking av individets vern, noe EMD har vist gjennom domstolens dynamiske tolkning av bestemmelser i EMK.⁴³ Romavedtektene åpner også for en slik dynamisk tolkning etter artikkel 21(3) og særlig mistenktes rett til rettferdig rettergang under artikkel 67, som begge krever at ICC må respektere mistenktes rettigheter ved å følge utviklingen av internasjonale menneskerettigheter.⁴⁴

Dommerne ved ICC vil ved tolkningen av prosessreglene stå noe friere enn ved tolkningen av de materielle reglene, da legalitetsprinsippet ikke vil komme like sterkt inn. Vekten av menneskerettighetene og formålet til Romavedtektene gir dommerne spillerom ved tolkningen til å kunne påvirke utviklingen av prosessreglene.

2.2.2 Sekundære rettskilder

Domstolens sekundære kilder, som retten kan benytte ved eget skjønn, er hjemlet i artikkel 21(1)(b). Etter bestemmelsen gjelder dette relevante traktater og folkerettslige prinsipper og regler, inkludert anerkjente prinsipper i krigens folkerett. Bestemmelsen samsvarer stort sett med angivelsen av rettskildene i vedtektene til ICJ artikkel 38, dog med noen unntak.

Relevante traktater for tolkningen av Hovedanklageren plikter til å gi forsvaret innsyn vil for det første særlig være menneskerettsinstrumenter som SP⁴⁵, EMK,⁴⁶ AMK⁴⁷ og AFK⁴⁸. For det andre vedtektene til andre internasjonale og internasjonaliserte straffedomstoler samt deres prosessregler. I kronologisk rekkefølge: Nürnbergtribunalet,⁴⁹

⁴³ Tyrer v. UK, 25.04.1978, avsnitt 31.

⁴⁴ Schabas (1999)b s.851

⁴⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

⁴⁶ European Convention on Human Rights, 1950

⁴⁷ American Convention on Human Rights, 1969

⁴⁸ African Charter on Human and People's Rights, 1981

⁴⁹ Charter of the International Military Tribunal (IMT) opprettet ved London Agreement of 8 August 1945.

Tokyo-tribunalet,⁵⁰ *ad hoc*-domstolene Jugoslaviatribunalet og Rwandatribunalet samt hybriddomstolene for Kosovo,⁵¹ Øst Timor,⁵² Sierra Leone, Kambodsja⁵³ og Irak⁵⁴.

I denne oppgaven vil jeg av flere grunner i tillegg til menneskerettsinstrumentene hovedsakelig forholde meg til regelverket til Jugoslaviatribunalet. Nürnberg- og Tokyo-tribunalet la riktignok grunnlaget for internasjonal strafferettsbehandling, men instrumentene inneholdt få prosessuelle regler. Det har videre skjedd en stor utvikling på det strafferettslige og menneskerettslige området siden andre verdenskrig, og tribunalene ble også anvendt som grunnlag da Jugoslaviatribunalet ble opprettet. Rwandatribunalet er bygget opp etter modell fra Jugoslaviatribunalet, og har derfor stort sett det samme regelverket. Det kan derfor være aktuelt å trekke inn praksis fra ICTR som har belyst forståelsen av reglene. De to *ad hoc*-domstolene utgjør for øvrig de første fullverdige organer for å straffeforfølge internasjonale forbrytelser ”direkte” på et internasjonalt nivå. Dette gjør domstolene til sentrale kilder for ICC. Spesialdomstolen for Sierra Leone følger regelverkene til ICTY og ICTR, men er som de øvrige hybriddomstolene en blanding mellom nasjonal og internasjonal rett. Dette gjør det mer komplekst å sammenligne ICC med denne.

Avslutningsvis bør det nevnes at det var reglene fra ICTY som ble lagt frem som grunnlag for forhandlingene i Roma i 1998. ICTYs tolkning av de ulike reglene vil derfor være av interesse for ICC. Men regelverkene til ICTY, som består av vedtektene og prosessreglene, er ikke vedtatt i traktats form, se Wienkonvensjonen artikkel 1. ICTY-vedtektene er en Sikkerhetsrådsresolusjon og prosessreglene er vedtatt av dommerne med hjemmel i

(I tillegg til Nürnberg ble det opprettet mindre nasjonale domstoler i de fire sonene kontrollert av hver av de fire stormaktene, for å straffeforfølge mindre alvorlige krigsforbrytelser. CC.10.)

⁵⁰ Charter of the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE) opprettet i Tokyo 19.01.1946 etter fullmakt fra de fire allierte.

⁵¹ UNMIK – United Nations Mission in Kosovo

⁵² UNTAET – United Nations Transitional Administration in East Timor. SR-res.1272(1999).

⁵³ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea (ECCC) opprettet ved avtale mellom FN og regjeringen i Kambodsja 06.06.2003.

⁵⁴ 10.12.2003 vedtok Iraqi Governing Council vedtektene til ”the Iraqi Special Tribunal”. Tribunalet ble integrert i irakisk nasjonal lov i oktober 2005 og fikk da navnet ”Supreme Iraqi Criminal Tribunal”.

vedtektene artikkel 15. Som nevnt over, har ICTY likevel anvendt Wienkonvensjonen i tolkningen av tribunalets vedtekter.

Denne anvendelsen ble drøftet i ICTYs og ICTRs felles ankeammer i Kanyabashi-saken:

“In interpreting the Statute, and the Rules which implement the Statute, Trial Chambers of both the ...[ICTR] and the ... [ICTY], as well as the Appeals Chamber have consistently resorted to the Vienna Convention Although the Statute is not a treaty, it is a *sui generis* international legal instrument resembling a treaty. Adopted by the Security Council, an organ to which Member States of the United Nations have vested legal responsibility, the Statute shares with treaties fundamental similarities. Because the Vienna Convention codifies logical and practical norms that are consistent with domestic law, it is applicable under customary international law to international instruments which are not treaties. Thus, recourse by analogy is appropriate to Article 31(1) of the Vienna Convention in interpreting the provisions of the Statute.”⁵⁵

ICTY-vedtektene vil kunne tolkes som en traktat, og prosessreglene faller således inn under vedtektene, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31. Praksis om tolkningen av reglene ved ICTY vil følgelig være relevant for tolkningen av reglene ved ICC.

ICTYs praksis har dessuten vist at internasjonale straffedomstoler i enkelte tilfelle ser direkte på enkeltstaters lovgivning, men da bare som veiledning. I en avgjørelse søkte ICTY veiledning om forståelsen av enkelte av tribunalets innsynregler, som var hentet fra og var identiske med de amerikanske innsynsreglene.⁵⁶ Praksis fra USA ble derfor avgjørende for resultatet av tolkningen.

Artikkel 21(1)(b)s henvisning til folkerettslige prinsipper og regler skiller seg på flere måter fra ICJ artikkel 38. For det første inneholder bestemmelsen ingen eksplisitt referanse til folkerettslig sedvane, som sammen med traktater tross alt utgjør folkerettens viktigste kilde. Sedvane, som i alminnelighet blir anvendt av *ad hoc*-domstolene,⁵⁷ må her tolkes inn

⁵⁵ Joseph Kanyabashi v. The Prosecutor, 03.06.1999, avsnitt 15.

⁵⁶ Mer om denne avgjørelsen (fra Delalić-saken) under punkt 4.3.3 ”Inspeksjon”.

⁵⁷ Eksempelvis i Prosecutor v. Kupreškić *et al.*, 14.01.2000, avsnitt 591: “Indeed, any time the Statute does not regulate a specific matter..., it falls to the International Tribunal to draw upon (i) rules of customary international law...”

under ”folkerettslige prinsipper og regler”.⁵⁸ Utelatelsen av terminologien mener flere forfattere er utpreget estetisk og ligger i kravet til klarhet under legalitetsprinsippet innenfor internasjonal materiell strafferett, jf. artikkel 22(2).⁵⁹ Referansen til regler og prinsipper gir ikke en like vag og upresis forståelse som gradvis utviklende sedvanerett.

For det andre er prinsippene avgrenset til kun ”folkerettslige” og ikke ”alminnelige rettsprinsipper anerkjent av siviliserte nasjoner” som følger av ICJ artikkel 38(1)(c). Ved ICC er prinsipper med opphav i nasjonale rettssystemer flyttet ett nivå ned i hierarkiet, se artikkel 21(1)(c). Folkerettslige prinsipper av relevans for innsynsretten må derfor ha sedvanerettslig status, være i samsvar med legalitetsprinsippet, ikke stamme fra nasjonal rett, og ikke være kodifisert under andre bestemmelser i Romavedtektene. Prosessretten, i motsetning til den materielle internasjonale strafferett, stammer stort sett fra nasjonale rettssystemer, noe jeg vil komme tilbake til under behandlingen av bokstav (c). Det er derfor få folkerettslige prinsipper som vil være av relevans. McAuliffe deGuzman hevder folkerettslige prinsipper vil kunne inkludere blant annet forholdsmessighetsprinsippet og legalitetsprinsippet,⁶⁰ men legalitetsprinsippet er allerede nedfelt i Romavedtektene artikkel 22, som er en primærkilde etter bokstav (a).

Relevant for denne oppgaven vil særlig være prinsipper som har utviklet seg fra ulike menneskerettighetsinstrumenter: blant annet rettferdig rettergang, herunder likhetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet. Men disse dekkes stort sett også av ”traktater” og av henvisningen til menneskerettigheter i artikkel 21(3).

For det tredje er det inntatt en egen referanse til anerkjente prinsipper i krigens folkerett,⁶¹ en, i følge Pellet, unødvendig referanse, da prinsippene klart utgjør en integrert del av de

⁵⁸ McAuliffe deGuzman skiller mellom regler og prinsipper og tolker sedvane kun ut av ”regler”, se McAuliffe deGuzman (1999) s.441. Men også prinsipper vil kunne ha status som sedvane, noe som gjør at ”prinsipper” også bør inkluderes, jf. Pellet (2002) s.1072.

⁵⁹ Pellet (2002) s.1071, McAuliffe deGuzman (1999) s.442

⁶⁰ McAuliffe deGuzman (1999) s.441

⁶¹ ”Krigens folkerett” og ikke ”humanitærrett”, da sistnevnte er moderne terminologi utviklet med innflytelse fra menneskerettsinstrumenter, jf. Prosecutor v. Tadić, Decision, 02.10.1995, avsnitt 87.

folkerettslige prinsippene.⁶² Dette gjelder særlig prinsipper i Haag-⁶³ og Genève-konvensjonene,⁶⁴ som ikke er kodifisert andre steder i Romavedtektene,⁶⁵ og ellers må oppfylle de samme kravene som de øvrige folkerettslige prinsippene.⁶⁶

Praksis fra andre internasjonale straffedomstoler og regionale menneskerettsdomstoler, med tanke på tolkningen av innholdet av folkerettslige prinsipper og regler, vil være av relevans for oppgaven. Hvorvidt de ulike straffedomstolene kan anvende praksis fra andre domstoler er behandlet i en avgjørelse ved Spesialdomstolen for Sierra Leone:

“There is ... a special relationship envisioned between the Special Court and the International Tribunals, as each institution is established to permit prosecutions for *inter alia* ‘serious violations of international humanitarian law’. As such, the International Tribunals, the Special Court and the International Criminal Court belong to a unique, and still emerging, system of international criminal justice”.⁶⁷

“Like the Special Court, the ICTY and the ICTR are bound to apply customary international law, and their decisions do, as a matter of principle, apply customary international law. It is for this reason that this Court applies persuasively decisions taken at the ICTY and ICTR. While noting that the obligations upon the ICTY and ICTR, as well as the Special Court, in relation to the application of customary international law and respect for the principle of *nullum crimen sine lege* are specifically related to the subject-matter of these institutions, the Trial Chamber finds that the two Tribunals also apply general principles of law on matters related to evidence and procedure. The Trial Chamber observes that decisions of both Tribunals are based on recognized sources of law consistent with Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”.⁶⁸

⁶² Pellet (2002) s.1070 og 1072.

⁶³ Hague Conventions I and II of 1899 and 1907.

⁶⁴ Geneva Conventions of 1949 and the two additional Protocols of 1977.

⁶⁵ Se særlig Romavedtektene artikkel 8.

⁶⁶ Schabas (2004) s.92, McAuliffe deGuzman (1999) s.441 og Pellet (2002) s.1072

⁶⁷ Prosecutor v. Brima, Decision, 01.04.2004, avsnitt 22.

⁶⁸ Prosecutor v. Brima, Decision, 01.04.2004, avsnitt 24.

2.2.3 Tertiære rettskilder

I de tilfeller der verken rettskildene under bokstav (a) eller (b) gir en løsning på et problem, skal domstolen anvende alminnelige rettsprinsipper utledet av nasjonal lovgivning blant verdens rettssystemer, jf. bokstav (c). Bestemmelsen er en referanse til komparativ nasjonal strafferett og gir retten et vidt skjønn. I korte trekk må retten først velge ut nasjonale rettssystemer som skal sammenlignes. Videre må retten identifisere felles prinsipper, som igjen må kunne anvendes i en folkerettslig sammenheng.⁶⁹ ICTY beskrev fremgangsmåten i Erdemović-saken slik:

”[O]ur approach will necessarily not involve a direct comparison of the specific rules of each of the world’s legal systems, but will instead involve a survey of those jurisdictions whose jurisprudence is, as a practical matter, accessible to us in an effort to discern a general trend, policy or principle underlying the concrete rules of that jurisdiction which comports with the object and purpose of the establishment of the International Tribunal.”⁷⁰

Etter ordlyden behøver ikke retten se på alle nasjonale rettssystemer. I stedet står de fritt til å velge stater som er representative for verdens ulike rettssystemer. Dette gjelder hovedsakelig de to rettslige modellene: anklagesystemet, anvendt av common law-land, og inkvisisjonssystemet, anvendt av civil law-land.⁷¹ Ingen stater anvender i dag rene versjoner av disse systemene, men ulike sammenblandinger på bakgrunn av påvirkning gjennom tradisjoner, historie og lignende. I enkelte stater har sammenblandingen vært så omfattende at opprinnelsen er visket ut og rettssystemet heller kan kalles blandet.⁷² Eksempelvis har det norske rettssystemet opprinnelse i inkvisisjonsprinsippet, men er betydelig påvirket av anklageprinsippet. Påvirkningen kan vises gjennom eksempelvis juryordning, rettigheter til den mistenkte, siktede og tiltalte, herunder også innsynsrett,

⁶⁹ Pellet (2002) s.1073 flg. Se også McAuliffe deGuzman (1999) s.443 flg.

⁷⁰ Prosecutor v. Erdemović, Judgment, 1997, avsnitt 57.

⁷¹ Mer om anklage- og inkvisisjonsprinsippet i Cassese (2003) s.365 flg.

⁷² “Mixed” Se Ambos (2003) s.1 flg.

muntlighet og bevisumiddelbarhet. Det kan også være relevant for ICC å se på lovgivning fra stater basert på islamsk lov, Shariah.⁷³

Systemene er relevante for ICC for det første fordi de gjenspeiler og stort sett dekker hele verdens nasjonale straffeprosess. For det andre fordi ICCs prosessuelle system nettopp er utledet av de ulike systemene, særlig via ICTYs utviklede system, som igjen er bygget på en blanding av common law og civil law.

Jugoslaviatribunalet ble opprettet etter modell fra anklageprinsippet. Det er to grunner til dette. Tribunalet baserte seg på løsningen fra Nürnberg og Tokyo, som i stor grad var opprettet av common law landet USA. I tillegg var grunnlaget for forhandlingene av prosessreglene⁷⁴ et utkast presentert av USA ganske likt de amerikanske prosessreglene, og flertallet av dommere som vedtok prosessreglene var fra common law land.⁷⁵ Det kan virke som den amerikanske modellen er godt utviklet og fremstår som den mest hensiktsmessige for denne type strafferettsbehandling.

De prosessuelle reglene for ICTY er hovedsakelig hjemlet i RPE og i mindre grad i vedtektene. Prosessreglene er skrevet og kan endres av dommerne selv. Fra 11. februar 1994 og frem til i dag er reglene endret 39 ganger.⁷⁶ På bakgrunn av endringene har dommerne fått en mer aktiv rolle, rettsbehandlingen før selve hovedforhandlingen er økt (med egen forundersøkelsesdommer⁷⁷ og forundersøkelsesbrev⁷⁸) og den tiltalte er gitt en rett til å forklare seg uten å måtte sverge på å fortelle sannheten.⁷⁹ Resultatet er en mer inkvisitorisk rettet domstol, og systemet har fått status som en *sui generis* modell.⁸⁰

⁷³ Pellet (2002) s.1074. Eks: I Prosecutor v. Erdemović, Judgement, 1997, avsnitt 59-61 går retten gjennom ulike lands lovgivning basert på denne inndelingen.

⁷⁴ ICTY-vedtektene overlot detaljreguleringen til RPE.

⁷⁵ Zappalà (2003) s.2.

⁷⁶ Siste endring 22.9.2006.

⁷⁷ Orie (2002) s.1465.

⁷⁸ Orie (2002) s.1470.

⁷⁹ Orie (2002) s.1464.

⁸⁰ Ambos (2003) s.6.

ICC's prosessregler tar riktignok utgangspunkt i anklagesystemet, men er mer balansert og sterkere påvirket av inkvisisjonsprinsippet enn ICTY.⁸¹ Eksempelvis skal Hovedanklageren, som spiller en sentral rolle, jf. anklageprinsippet, også samle inn bevis til fordel for mistenkte, jf. Romavedtektene artikkel 54(1)(a), en typisk plikt etter det inkvisitoriske systemet. Selv om forundersøkelsesbehandlingen har økt i samsvar med inkvisisjonsprinsippet, er bekreftelseshøringen mer lik ”preliminary hearings” fra anklageprinsippet.⁸²

Prosessreglene, særlig i forhold til ICTY's regler, som utgjorde forhandlingsgrunnlaget for ICC ASP, er mer omfattende og går lenger enn disse. Likevel er fortsatt flere detaljer gjennom saksgangen overlatt til dommerne å avgjøre. Det kan stilles spørsmål om balansen ICC har kommet frem til mellom de ulike rettssystemene, over tid vil kunne vise seg å ikke fungere like balansert på alle stadier. Skulle dette vise seg å være tilfellet, vil det være opp til i første omgang retten, men også ASP, å løse problemene og andre uavklarte spørsmål. En slik utfordring sto retten ovenfor da systemet for innsyn ble satt opp.⁸³ Løsningen på denne utfordringen og andre liknende spørsmål vil kunne påvirke og forme ICC's prosessregler.

Etter å ha sammenlignet ulike systemer og identifisert anvendbare prinsipper, må retten også forsikre seg om at prinsippene kan overføres til en internasjonal straffedomstol.⁸⁴ Dette følger av bokstav (c) i.f. og er også anerkjent av ICTY.⁸⁵

Selv om prinsippene skal stamme fra en rekke stater og slik sett ikke være særegne for enkeltstater, kan domstolen, slik det fremkommer i bestemmelsen, ved eget skjønn, se på nasjonal lovgivning til stater som normalt ville hatt jurisdiksjon over forbrytelsene. Anvendt på retten til innsyn, vil en slik regel virke urimelig. Prosessreglene til ICC er unike og stammer fra en kombinasjon av ulike staters regelsystemer og rettskulturer. Skal

⁸¹ Orie (2002) s.1493 og 1494.

⁸² Schabas (2004) s.140.

⁸³ Se mer om innsynsavgjørelsen under punkt 1.1 og 4.2.

⁸⁴ Pellet (2002) s.1074

⁸⁵ Prosecutor v. Blaškić og Prosecutor v. Tadić, se Pellet (2002) s.1074.

bestemmelsene få forskjellig innhold avhengig av hvilke stater som har jurisdiksjon, vil det kunne røkke ved hele den prosessuelle oppbygningen og indirekte påvirke andre regler. Dette vil kunne medføre et problem i forhold til prosessuell likebehandling og dermed gå ut over mistenktes rettssikkerhetsgarantier. Regelen kan tenkes begrenset til tolkningen av materielle regler eller straffutmålingen.⁸⁶

2.2.4 Øvrige rettskilder

Artikkel 21 annet ledd gjør ICCs egen praksis til en subsidiær kilde. Bestemmelsen krever ikke at ICC (bundet) må følge og rette seg etter sin tidligere praksis, såkalt *stare decisis*, som gjelder for common law land, men heller at dommerne kan anvende tidligere praksis, ved eget skjønn.⁸⁷

Det er hevdet at bestemmelsen bryter med prinsippet i ICJ artikkel 59, jf. 38(1)(d), om at avgjørelser kun er bindende mellom partene i den aktuelle saken.⁸⁸ ICC vil som nevnt ikke være bundet av sine tidligere avgjørelser, men retten må, på samme måte som ICJ etter artikkel 38(1)(d), ved eget skjønn kunne vurdere om det er "... cause to follow the reasoning and conclusions of earlier cases".⁸⁹ Dette er også gjennomført av ICTY.⁹⁰

I denne oppgaven vil ICC forundersøkelseskambers innsynsavgjørelse i Dyilo-saken stå sentralt.⁹¹ Dette fordi avgjørelsen, ved at den satt opp et alminnelig system for innsyn, kan antas å være retningsgivende for ICC i fremtidige saker og fordi det foreligger lite annen praksis fra ICC på det nåværende tidspunkt. Som beskrevet over er riktignok ikke ICC bundet av denne avgjørelsen og det kan også tenkes at ASP endrer prosessreglene for å oppnå en annen løsning.

⁸⁶ Etter ICTY-vedtektene artikkel 24(1) kan domstolen se til straffutmålingspraksis i det tidligere Jugoslavia.

⁸⁷ Knoop (2005) s.2, McAuliffe deGuzman (1999) s.445, Pellet (2002) s.1066.

⁸⁸ Mer om denne diskusjonen i McAuliffe deGuzman (1999) s.445 og Pellet (2002) s.1066.

⁸⁹ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. Reports 1998, s.275, avsnitt 28 på s.292. ICJ viser ofte til egen praksis, se Pellet (2006) s.785.

⁹⁰ Prosecutor v. Furundžija, Appeals Chamber Judgement, 21.07.2000 og Prosecutor v. Kupreškić *et al.*, 14.01.2000, avsnitt 540.

⁹¹ ICC-01/04-01/06-102 – innsynsavgjørelsen.

Artikkel 21 nevner ikke juridisk teori som en relevant kilde, i motsetning til ICJ artikkel 38(1)(d). Teori er således ingen formell rettskilde for ICC, men vil kunne anvendes som et supplerende argument under tolkningen av de øvrige rettskildene.

Verken ICC eller ICJ nevner reelle hensyn blant deres kilder. Dog har ICJ ved flere anledninger vist til denne kilden i sine avgjørelser.⁹²

⁹² Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, s.4 på s. 22: "elementary considerations of humanity". Se også Ruud (2006) s. 83

3 HENSYN BAK FORSVARETS RETT TIL INNSYN

Forsvarets rett til innsyn i anklagerens dokumenter og bevis er utviklet av hensyn til den mistenkte, for at vedkommende skal kunne få en rettferdig rettergang. Innsynet skal bidra til forberedelse av effektivt forsvar mot Hovedanklagerens anførsler, og utgjør en viktig del av mistenktes rettssikkerhetsgarantier. Dette er det overordnede utgangspunktet. I tillegg foreligger det andre underliggende hensyn som er med på å bestemme rekkevidden av innsynsretten. Det er ikke bare hensynet til den mistenkte som vil være avgjørende, men også kryssende hensyn som vil kunne begrense innsynsadgangen. Eksempelvis vil Hovedanklageren, ofre, vitner, stater og andre i enkelte tilfeller ha interesser som er nødvendig å verne, og som derfor kan utgjøre vektige grunner til å redusere forsvarets innsynsrett. Videre vil hensynet til allmennheten kunne trekke i begge retninger.

I det følgende vil jeg redegjøre nærmere for de ulike hensyn som gjør seg gjeldende rundt forsvarets innsynsrett. Fremstillingen vil jeg dele opp i hensyne til mistenkte på den ene siden og hensynet til Hovedanklageren og hans kilder på den andre.

3.1 Mistenkte

Det overordnede hensynet til en mistenkt, særlig med tanke på det inngrepet i egen rettsstilling vedkommende står ovenfor fra domstolen, er å få en rettferdig rettergang. Dette er en fundamental menneskerett basert på common law-tradisjonen om ”due process of law”.⁹³ Prinsippet er nå ansett som folkerettslig sedvane,⁹⁴ opprinnelig nedfelt i UDHR⁹⁵ artikkel 10, og senere utviklet gjennom konvensjonene SP artikkel 14(1), EMK

⁹³ Nowak (2005) s.236. Prinsippet er utledet fra common law systemet, da det ikke finnes et liknende behov under civil law. Dommerens rolle i inkvisisjonssystemet med å finne sannheten ivaretar også mistenktes rettigheter.

⁹⁴ Cassese (2003) s.395, som også mener prinsippet har status som *jus cogens*.

⁹⁵ Universal Declaration of Human Rights, 1948.

artikkel 6(1), AMK artikkel 8 og AFK artikkel 7 med tilknyttet praksis.⁹⁶ Som nevnt under punktet ”Rettskilder” må rettskildebruken og tolkningen til ICC være i samsvar med disse konvensjonene, jf. Romavedtektens artikkel 21(3). I tillegg kommer prinsippet også direkte til uttrykk i artikkel 67 – Rettigheter til den tiltalte,⁹⁷ etter modell av SP artikkel 14. Jugoslaviatribunalets tilsvarende bestemmelse er nedfelt i ICTY-vedtektene artikkel 21.⁹⁸ SP og parallelle regionale menneskerettsinstrumenter som EMK vil derfor være av relevans for innholdet i Romavedtektene artikkel 67,⁹⁹ noe som medfører at ICC derfor også må trekke inn den videre utviklingen av rettighetene ved andre internasjonale organer, eksempelvis HRC¹⁰⁰ og EMD.¹⁰¹

Kravet til en rettferdig rettergang er presisert og utviklet via minimumsgarantiene¹⁰² i SP artikkel 14(3) og EMK artikkel 6(3), særlig begges bokstav (b) om retten til effektivt forsvar og relevant praksis fra blant annet EMD.

EMDs praksis har utledet enkelte elementer av prinsippet om rettferdig rettergang. Sentralt i denne sammenheng er likhetsprinsippet¹⁰³ og kontradiksjonsprinsippet.¹⁰⁴

Likhetsprinsippet går ut på at partenes prosessuelle rettigheter i utgangspunktet må likestilles. Prinsippet har allmenn rekkevidde og gjelder for alle deler av prosessen. Dette vil si at forsvareren må få like muligheter som Hovedanklageren til å legge frem bevis, avhøre vitner og få frem sin side av saken, slik at retten kan få et forsvarlig grunnlag å

⁹⁶ De ulike bestemmelsene bruker riktignok uttrykket ”fair proceeding” eller ”fair hearing”, men praksis har stadfestet at prinsippet gjelder gjennom hele rettsbehandlingen og er derfor kjent som ”fair trial”, jf. Møse (2002) s.339. Se også Trechsel (2005) s.81 flg. I det følgende vil jeg forholde meg til bestemmelsene i SP og EMK.

⁹⁷ Gjelder også for mistenkte, jf regel 121(1). Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”

⁹⁸ Mer om tiltaltes rettigheter ved ICTY i Wladimiroff (2000) s.430 flg. og Morris (1995) s.224

⁹⁹ Bassiouni (1996) s.957 og 958.

¹⁰⁰ Human Rights Committee.

¹⁰¹ Europeiske menneskerettsdomstol – The European Court of Human Rights.

¹⁰² ”Minimum” viser til at rettighetene verken er uttømmende eller behøver å være absolutt avgjørende for om prinsippet om rettferdig rettergang er oppfylt, men de gir viktig veiledning i en helhetsvurdering. Medfører at prinsippet om rettferdig rettergang kan følge utviklingen av menneskerettigheter og fylle eventuelle tomrom som kan oppstå, Schabas (1999)b s.851.

¹⁰³ Cassese (2003) s.395, Møse (2002) s.339. Mer om prinsippet i Trechsel (2005) s.89 flg.

¹⁰⁴ ”It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and the defence”. Dowsett v. UK, Judgment 24.06.2003, avsnitt 41.

treffe en avgjørelse på. I tilknytning til innsyn betyr dette at forsvaret, for det første, må kunne bli kjent med alle detaljer rundt anførslene i tiltaledokumentet og, for det andre, må kunne undersøke de bevis, inkludert vitner og vitnemål, Hovedanklageren vil benytte til støtte for disse anførslene. På denne måten vil forsvaret få tilstrekkelig kjennskap til et saksforhold Hovedanklageren har benyttet store ressurser på å opparbeide.¹⁰⁵

Innholdet i denne innsynsretten må også sees i sammenheng med det andre elementet under rettferdig rettergang: retten til kontradiksjon.¹⁰⁶ En part skal ha mulighet til å imøtegå den andre partens anførsler og bevis. Som EMD uttalte i Dowsett-saken betyr

“[t]he right to an adversarial trial ... that both the prosecution and the defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party”.¹⁰⁷

Rettferdighetshensyn taler derfor for å gi forsvaret tilstrekkelig innsyn og tid til å bli kjent med og undersøke beviset nærmere før partene møtes i retten.

Både likhetsprinsippet og retten til kontradiksjon kan også leses ut av en av minimumsrettighetene i de ovennevnte bestemmelsenes tredje ledd. Under bokstav (b) er mistenkte og dennes forsvarer¹⁰⁸ gitt en rett til tilstrekkelig tid og hjelpemidler til å forberede forsvaret. Med hjelpemidler menes også innsyn i dokumenter og andre bevis.¹⁰⁹

I tillegg til innsynsretten over vil forsvaret, for det tredje, også ha interesse av innsyn i bevis eller informasjon Hovedanklageren har samlet inn som taler til mistenktes fordel. Som EMK artikkel 6(1) krever, må "the prosecution authorities disclose to the defence all

¹⁰⁵ Niblett (1997) s.14

¹⁰⁶ Møse (2002) s.342. Mer om prinsippet i Trechsel (2005) s.94 flg.

¹⁰⁷ Dowsett v. UK, Judgment 24.06.2003, avsnitt 41

¹⁰⁸ SP artikkel 14(3)(d) og EMK artikkel 6(3)(c) om retten til forsvarer.

¹⁰⁹ HRC forstår tilstrekkelige hjelpemidler som å ha "access to documents and other evidence which the accused requires to prepare his case", jf. HRC General Comment 13 avsnitt 9. Se Nowak (2005) s.256

material evidence in their possession for or against the accused”.¹¹⁰ Dette gjelder også bevis Hovedanklageren ikke vil legge frem under rettsbehandlingen, da det eksempelvis kan ha verdi som straffritaksgrunn eller ha betydning for straffutmålingen. Ved ICC er Hovedanklageren pålagt å samle bevis for og mot mistenkte, jf. Romavedtektene artikkel 54(1)(a). Dette viser at likhetsprinsippet gir en videre innsynsadgang enn etter kontradiksjonsprinsippet.

Andre minimumsrettigheter som er av interesse med tanke på innsyn er bestemmelsenes tredje ledd bokstav (a) om å bli informert straks og i detalj på et språk mistenkte forstår om karakteren av og årsaken til anførselene mot vedkommende, og bokstav (e) om vitner, som, i sammenheng med kontradiksjonsprinsippet, igjen stadfester mistenktes rett til tilstrekkelig informasjon for å kunne forberede eksaminering av Hovedanklagerens vitner.

Hensynet til mistenkte under bokstav (a) er todelt. For det første omhandler det retten for mistenkte til å bli kjent med årsaken til en arrestasjon eller at det er satt i gang rettslig skritt, se i denne sammenheng også SP artikkel 9(2) og EMK artikkel 5(2) om frihetsberøvelse. For det andre må bestemmelsen leses i sammenheng med bokstav (b) – å gi mistenkte en detaljert beskrivelse av anførselene og de fakta som underbygger disse for å kunne forberede sitt forsvar.

For å oppsummere krever likhetsprinsippet og retten til rettferdig rettergang at forsvaret gis innsyn i materiale både for og mot den mistenkte, det vil si sakens dokumenter, for å forberede et effektivt forsvar.

Romavedtektene artikkel 67(1)(a), (b) og (e) er hovedsakelig identiske med minimumsgarantiene beskrevet over, men går på enkelte punkter noe lenger.¹¹¹

¹¹⁰ Dowsett v. UK, Judgment 24.06.2003, avsnitt 41. Se Edwards v. UK, Judgment, 16.12.1992 der EMD uttaler at innsyn i materiale for og mot mistenkte er ”a requirement of fairness under ... article 6”. Se også Nowak (2005) s.256 om HRC.

¹¹¹ Schabas (1999)b s.853. Calvo-Goller (2006) s.231 Mer under punktet ”Regelregime”.

3.2 Hovedanklageren og Hovedanklagerens kilder

Etter gjennomgangen over er det klart at adgangen til innsyn bør være så vid som mulig. Men, SP artikkel 14 og EMK artikkel 6 gir ikke den mistenkte ubegrenset adgang til saksdokumentene:

”[T]he entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests ... which must be weighed against the rights of the accused. In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest”.¹¹²

Hensyn til andre parter som informasjonen gjelder, kan rettferdiggjøre unntak og restriksjoner. Avgjørende vil være å finne en balanse mellom forsvarets forberedelse og hensynet til andre, jf. utdraget fra Dowsett-saken over. Det er særlig hensynet til tre grupper som gjør seg gjeldende.

Den første gruppen er ofre og vitner.¹¹³ Disse personene, og også deres familie eller andre i nær tilknytning, kan ha behov for beskyttelse mot alvorlige forbrytelser mot liv, helse eller frihet, en fundamental rett som også er nedfelt i SP artikkel 17 og EMK artikkel 8.¹¹⁴ Tilsier behovet for beskyttelse at deres identitet bør skjules, kan det gjøres begrensninger i innsynsretten, slik EMD også uttalte i Doorson-saken:

“It is true that Article 6 ... does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 ... of the Convention”.¹¹⁵

Men, som senere uttalt i Van Mechelen-saken og gjentatt blant annet i Dowsett, må

¹¹² Dowsett v. UK, Judgment 24.06.2003, avsnitt 42.

¹¹³ Også de som skal vitne til fordel for mistenkte.

¹¹⁴ Vitner og ofre er beskyttet av Romavedtektene artikkel 68 og ICTY-vedtektene artikkel 22 og RPE regel 75.

¹¹⁵ Doorson v. Nederland, 26.03.1996, avsnitt 70.

”any measures restricting the rights of the defence ... be *strictly necessary*(min uth.)” for å være i henhold til EMK artikkel 6(1).¹¹⁶ Muligheten til kun å gi forsvareren innsyn kan her komme inn som et kompromiss i balanseringen av hensynene.¹¹⁷

Den andre gruppen gjelder staters interesser. Disse kan være en viktig kilde for Hovedanklageren, både direkte som bevis, men også som grunnlag for etterforskning. Informasjon fra stater under en etterforskning kan være konfidensiell, og kan i visse tilfeller medføre fare for nasjonal sikkerhet om den blir kjent.¹¹⁸ Det å nekte innsyn på grunn av konfidensialitet kan også være et relevant hensyn for ulike organisasjoner, der innsyn i informasjon kan utgjøre en fare for sikkerheten til de ansatte og for organisasjonens mulighet til å utføre sitt arbeid.¹¹⁹

Den siste gruppen som kan ha kryssende hensyn med den mistenkte er Hovedanklageren selv. Dette kan gjelde i forbindelse med etterforskning, både generelt og spesielt i den aktuelle saken, og ellers i det interne arbeidet. Innsyn kan blant annet sette annen etterforskning i fare, avsløre etterforskningsmetoder og informanter. Også Hovedanklagerens interne dokumenter må kunne være unntatt innsyn, da dette ikke er bevis, men interne vurderinger.

Med tanke på det interne/administrative arbeidet vil også judisiell økonomi kunne være en faktor som begrenser innsynet, særlig ressursbruk(av både tid og midler) ved oversettelse av dokumenter til et språk mistenkte forstår. Her blir det igjen en avveining mot hva som bør oversettes av hensyn til den mistenkte.¹²⁰ Hensynet til judisiell økonomi vil for øvrig ikke veie tungt.

¹¹⁶ Van Mechelen and Others v. The Netherlands, 23.04.1997, avsnitt 58 og Dowsett v. UK 24.06.2003, avsnitt 42.

¹¹⁷ Kamasinski v. Austria, Judgment 19.12.1989 uttalte at det ikke i seg selv er ett brudd på EMK art 6(3)(b) at bare advokaten har rett til å se saksdokumentene. Se Møse (2002) s.375 og Safferling (2001) s.195

¹¹⁸ Safferling (2001) s.194 og Knoops (2005) s.174 flg.

¹¹⁹ Knoops (2005) s.176

¹²⁰ Tochilosvsky (2004) s.12

For Hovedanklagerens del vil hensynene til de andre gruppene over indirekte også falle sammen med hensyn til Hovedanklageren. Blir ikke vitner eller ofre beskyttet, eller staters konfidensialitet respektert, vil dette kunne medføre vanskeligheter for Hovedanklageren, da eksempelvis vitner ikke vil vitne, både i den aktuelle saken og i fremtidige saker.

Avslutningsvis vil i tillegg hensynet til allmennheten, dens tiltro til domstolen og det offentlige interesse av rettferdighet i ulike sammenhenger kunne styrke hensynet til både mistenkte og Hovedanklageren og hans kilder.

4 REGELREGIME

4.1 Innledning

Under analysen av de relevante bestemmelsene for innsyn ved ICC vil jeg, som nevnt over, særlig trekke inn ICTYs regler og praksis. Innledningsvis må imidlertid en sentral forskjell mellom ICC og ICTY av betydning for behandlingen fremheves.

Prosessen ved henholdsvis ICC og ICTY utgjør som nevnt hvert sitt *sui generis* system. Dette kan medføre at prosessen på enkelte områder blir forholdsvis ulik, noe som gjelder for prosessen rundt bekreftelsen av tiltaledokumentet. ICTYs bekreftelse av tiltale (”review of the indictment”) er en skriftlig *ex parte* prosess før en eventuell arrestordre utstedes, jf. ICTY-vedtektene artikkel 18(4) og 19(1) og (2).¹²¹ ICCs bekreftelseshøring, derimot, gjennomføres på et noe senere stadium, innen rimelig tid etter at mistenkte er arrestert og fremstilt for retten, jf. Romavedtektene artikkel 61(1).¹²² Arrestordren følger dermed en egen *ex parte* behandling uavhengig av bekreftelseshøringen. Under bekreftelseshøringen, som foregår med tre dommere, har den mistenkte rett til å komme med innvendinger mot Hovedanklagerens anførsler og bevis samt legge frem egne bevis.¹²³ Bekreftelseshøringen skal avgjøre om det finnes “sufficient evidence to establish substantial grounds” til å tro at mistenkte utførte forbrytelsene vedkommende er anklaget for, jf. artikkel 61(7).

Denne ulikheten medfører at mistenkte ved ICTY, som da ikke er arrestert, ikke har de samme rettssikkerhetsgarantiene som mistenkte ved ICC. ICTY-vedtektene gir riktignok den mistenkte enkelte rettigheter, blant annet under avhør, jf. artikkel 18(3), men det er lite

¹²¹ Morris (1995) s.204.

¹²² Se punkt 7 “Relevante bestemmelser”

¹²³ Friman (2001) s.207.

hensiktsmessig å sammenligne disse med ICC. Jeg vil derfor i det følgende behandle ICTYs innsynsregler som gjelder fra første møte for retten og frem til selve hovedforhandlingen. Vedkommende vil da ha status som tiltalt, jf. ICTY RPE regel 47(H)(ii), noe som gir vedtektenes artikkel 21 anvendelse, jf. RPE regel 62. Dette vil i realiteten medføre kvantitativt mer innsyn ved ICTY enn ICC da omfanget av en bekreftelseshøring er klart mindre enn en hovedforhandling, men reglene for innsyn vil stort sett være de samme.

4.2 Generelt om innsynsreglene ved ICC

Bestemmelsene om Hovedanklagerens plikter i forbindelse med forsvarrets rett til innsyn før bekreftelse av tiltaledokument er nedskrevet i både vedtektene og prosessreglene til ICC. I vedtektene er det særlig artikkel 61 om forhold i forbindelse med bekreftelseshøringen under del 5 om etterforskning og rettsforfølgning og artikkel 67 om den tiltaltes rettigheter under del 6 om rettsbehandlingen som er av interesse, se artiklene 61(3), 67(1)(a), (b) og (e) og 67(2) om innsyn i bevis som kan antyde den mistenktes uskyld. Artikkel 67 referer til den ”tiltalte” og ikke til ”mistenkte”, som er status til vedkommende før bekreftelse av tiltaledokument. Etter ICC RPE regel 121(1) gis mistenkte også rettigheter etter bestemmelsen, fra mistenktes første møte for domstolen.

Prosessreglene gir nærmere regler og veiledning om hvordan innsynet skal foregå, se ICC RPE seksjon II om innsyn under kapittel 4 om bestemmelser relatert til de ulike stadiene av rettsbehandlingen og seksjon V om prosedyre i forbindelse med bekreftelsen av tiltaledokumentet under kapittel 5 om etterforskning og rettsforfølgning. Her bør særlig nevnes reglene 76 om innsyn i forbindelse med Hovedanklagerens vitner på forundersøkellesstadiet, 77 om retten til inspeksjon, 83 om hvordan avgjørelsen av hva som er bevis som kan antyde den mistenktes uskyld skal tas, og 121(3)-(5) om prosessen før bekreftelseshøringen.

Unntak fra innsynsretten er hjemlet i artiklene 54(3)(e) om beskyttelse av konfidensiell informasjon, 68(5) om beskyttelse av vitner, 72 om nasjonal sikkerhet og 93(8)(b) og (c)

om staters samarbeid og konfidensialitet i vedtektene og i reglene 81 om alminnelig unntak fra innsyn og 82 om unntak etter artikkel 54(3)(e) i RPE.

For oversikten kan det avslutningsvis nevnes at også forsvaret har en omfattende plikt til å gi innsyn i dokumenter og andre bevis til Hovedanklageren, se særlig RPE regel 78, 79 og 80.

Bestemmelsene ovenfor er på flere områder mer omfattende og detaljerte enn reglene ved ICTY, og utgjør en videreutvikling av internasjonal straffeprosess. Til tross for dette er bestemmelsene tause om selve systemet for innsyn; hvordan dette skal fungere i praksis. Under forhandlingene var det mye uenighet mellom partene fra civil law og common law land om hvordan innsynsprosessen skulle være.¹²⁴ Detaljer rundt hva det skal gis innsyn i, når dette skal gis og hvordan ble derfor i stor grad overlatt til dommerne å avgjøre. Dette var tilfellet for innsynsavgjørelsen avsagt i Dyilo-saken, nevnt under punktet ”Tema Problemstilling”.¹²⁵

Da det nærmet seg ICCs første høring om bekreftelse av tiltaledokument i saken mellom Hovedanklageren og Thomas Lubanga Dyilo, anmodet forundersøkelsesdommeren partene om deres argumenter for et innsynssystem, og opprettet samtidig et midlertidig system.¹²⁶ Etter flere innsendelser fra partene og en høring 24. april 2006,¹²⁷ ble et endelig system for innsyn satt opp i innsynsavgjørelsen av 15. mai 2006, syv uker før bekreftelseshøringen opprinnelig var planlagt gjennomført.¹²⁸

¹²⁴ Brady (2001) s.403.

¹²⁵ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-102 – innsynsavgjørelsen.

¹²⁶ Avgjørelse ICC-01/04-01/06-54, 23.03.2006.

¹²⁷ ICC-01/04-01/06-T-4-CONF-EN

¹²⁸ Planlagt gjennomført 27.06.2006, men ble først utsatt i avgjørelse av 24.05.2006 til 28.09.2006 og igjen på ubestemt tid i avgjørelse av 20.09.2006. Datoen 09.11.2006 ble fastsatt i avgjørelse av 05.10.2006. Se mer under punktet ”Tema Problemstilling”.

4.3 De alminnelige regler for innsyn

4.3.1 Grunnleggende rettigheter – Romavedtektene artikkel 61(3)

Artikkel 61(3)¹²⁹ i Romavedtektene inneholder en plikt for Hovedanklageren til innen rimelig tid før bekreftelseshøringen å gi den mistenkte en kopi av tiltaledokumentet, jf. bokstav (a), og å informere vedkommende om de bevis Hovedanklageren vil legge frem under høringen, jf. bokstav (b). Artikkelen gir videre retten myndighet til å regulere innsynsprosessen for å sikre formålet med bekreftelseshøringen.

Tredje ledd dekker sentrale aspekter ved retten til en rettferdig rettergang. Bestemmelsen gir forsvaret rett til vesentlige opplysninger om Hovedanklagerens sak og dermed mulighet til å forberede et effektivt forsvar. Ved å bli gjort kjent med saken mot seg i god tid før høringen kan forsvaret blant annet be sine oppnevnte etterforskere om videre etterforskning, se ICC RPE regel 20(1)(b). Dette bidrar til å likestille partene og sikrer retten til kontradiksjon.

Rettighetene må også sees i sammenheng med minimumsgarantiene i artikkel 67(1)(a) og (b) om henholdsvis retten til å bli informert straks og i detalj om anklagenes karakter, årsak og innhold på et språk mistenkte fullt ut forstår og snakker, og retten til å ha tilstrekkelig tid og hjelpemidler til å forberede forsvaret. Som nevnt under punktet ”Hensyn” går særlig ordlyden i bokstav (a) lenger enn bestemmelsen den er bygget på, SP 14(3)(a), ved også å inkludere informasjon om innholdet i tiltalen. Dette taler for en utvidelse av Hovedanklagerens innsynsplikter, særlig med tanke på mistenktes rett til kopi av tiltalen.

Ved å bli informert tidlig om tiltalen gir det forsvaret, i tillegg til en effektiv forberedelse, også bedre forutsetninger for å utfordre lovligheten av arrestasjonen og anmode om midlertidig løslatelse fra varetekt, jf. artikkel 60(2) og regel 118 og 119.

¹²⁹ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

Ved forståelsen av artikkel 61(3) er det særlig tre begreper det kan være hensiktsmessig å se nærmere på: (1) ”innen rimelig tid”, (2) tiltaledokumentets innhold og (3) ”informere ... om bevis”.

Regel 121(3)¹³⁰ i ICC RPE gir nærmere anvisning om hvordan artikkelen skal forstås. Hovedanklageren må senest 30 dager før bekreftelseshøringen gi mistenkte en detaljert beskrivelse av tiltalens punkter (anførslene) sammen med en liste over de bevis som vil bli lagt frem under høringen. Regelens fjerde og femte ledd gjelder de tilfeller der Hovedanklageren ønsker å endre tiltalen, i samsvar med artikkel 61(4), eller legge frem ytterligere bevis. Informasjon om dette må skje på samme måte som under tredje ledd, men fristen er her 15 dager før høringen.

Innen rimelig tid betyr således 30 dager før høringen. Ved å supplere tiltaledokumentet med en ”detaljert beskrivelse” ivaretar regelen kravet om informasjon under 67(1)(a), men Hovedanklagerens plikter i forbindelse med bevis er fortsatt uklare. En ”liste” gir anvisning på en oversikt fremfor omfattende informasjon.

ICTY RPE kan gi en viss veiledning. Regel 66(A)(i) slår fast at Hovedanklageren plikter å overlevere til forsvaret, på et språk tiltalte forstår, (1) kopi av alt materiale som støttet tiltalen da den ble lagt frem for bekreftelse og (2) alle tidligere forklaringer Hovedanklageren har fått av den tiltalte. Plikten til å gi innsyn må utføres innen 30 dager etter tiltaltes første møte for retten. Eventuelle unntak følger av reglene 53 og 69. Når det gjelder innsyn i selve tiltaledokumentet, skal dette ved arrestasjon leses opp for tiltalte sammen med vedkommendes rettigheter eller overgis etter henholdsvis regel 59 *bis* (B) og (C). Tiltaledokumentet skal også leses opp ved første møte for retten, jf. regel 62(A)(ii).

¹³⁰ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

Jugoslaviatribunalets regler går her lenger enn ICCs ved å kreve at Hovedanklageren gir tiltalte kopi av alt materiale som støtter tiltalen.¹³¹ Dette må sees i sammenheng med hvilket stadium av rettsbehandlingen partene er på. ICTY har på dette stadiet bekreftet tiltalen og forsvaret gis innsyn i det som allerede er behandlet av forundersøkelseskammeret.

En annen forskjell mellom ICC og ICTY er tribunalets regel 66(A)(i) som gir den tiltalte rett til innsyn i egne tidligere forklaringer. Romavedtektene artikkel 61(3) er taus om mistenktes egne forklaringer. Ved ICC er denne retten beskyttet i RPE regel 112(1)(e), hvorefter mistenkte har rett til å få en utskrift av avhøret med Hovedanklageren.

I følge ICTY er det ikke bare forklaringer i slike formelle avhør det skal gis innsyn i. To avgjørelser i Blaškić-saken definerte ”tidligere forklaringer av den tiltalte”,¹³² som “all the previous statements of the accused which appear in the Prosecutor’s file, whether collected from the Prosecutor or originating from any other source”.¹³³ Det var ingen krav til form på forklaringene, det vil si at både offisielle forklaringer tatt opp under ed eller signert av tiltalte og andre forklaringer må overleveres, så fremt de ikke er unntatt etter regel 66(C) eller 70(A).¹³⁴ Opphavet til forklaringene ble spesifisert i en senere avgjørelse: “...all statements made by the accused during questioning in any type of judicial proceeding which may be in the possession of the Prosecutor, but only such statements”.¹³⁵

Forklaring etter ICTY går klart lenger enn ICCs regel 112(1)(e). Andre forklaringer utover formelle forklaringer i avhør med Hovedanklageren vil være av stor interesse for forsvaret i forberedelsen av saken, og bør derfor også gis innsyn i. Da ingen bestemmelser ved ICC

¹³¹ Med “materiale” menes: “the material upon which the charges are based and does not include other material that may be submitted to the confirming Judge, such as a brief of argument or statement of facts”, jf. Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Order, 26.02.1999.

¹³² Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14.

¹³³ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 27.01.1997, avsnitt 37.

¹³⁴ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 27.01.1997, avsnitt 39.

¹³⁵ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 15.07.1998.

ekspisitt hjemler dette, vil innsynet falle inn under inspeksjonsretten av ”materiale ... til forberedelse for forsvaret”, jf. regel 77, se punkt 4.3.3.

I innsynsavgjørelsen i Dyilo-saken ved ICC la forundersøkelseskammeret ordlyden til grunn. Kammeret uttalte at Hovedanklageren måtte gi forsvaret innsyn så tidlig og fullstendig som mulig, med en henvisning til regel 121(3),¹³⁶ og avgjorde videre at innsyn først skal gjøres *inter partes* før informasjonen sendes til sekretariatet.¹³⁷ Innsyn direkte mellom partene skal sikre en rettferdig rettergang ved å hindre misforståelser og forsinkelser. For å sikre denne retten og sørge for at forsvaret blir tilstrekkelig kjent med Hovedanklagerens sak skal tiltaledokumentet og listen over bevis organiseres slik at

”(i)each item of evidence is linked to the factual statement it intends to prove, and (ii)each factual statement is linked to the specific element of the crime or mode of liability, or both, with which Thomas Lubanga Dyilo has been charged”.¹³⁸

Denne forståelsen av regel 121(3) er i følge forundersøkelseskammeret, i tillegg til å være i overensstemmelse med den språklige forståelsen og sammenhengen, også i samsvar med teleologisk tolkning da den sørger for at mistenkte bedre forstår rammen og kompleksiteten av saken mot seg.¹³⁹

4.3.2 Vitner

ICC RPE regel 76(1)¹⁴⁰ hjemler en plikt for Hovedanklageren til å gi forsvaret navnene på de vitner Hovedanklageren planlegger å la vitne og kopi av alle tidligere forklaringer gitt av disse vitnene, både i original og på et språk mistenkte fullt ut forstår og snakker, jf. tredje ledd. Regelen krever videre at dette blir gjennomført slik at forsvaret får tid til en fullgod forberedelse. Etter annet ledd er plikten løpende, da Hovedanklageren skal gi

¹³⁶ Innsynsavgjørelsen s.11 punkt 11.

¹³⁷ Innsynsavgjørelsen s.8 punkt 1.

¹³⁸ Innsynsavgjørelsen, Appendix, avsnitt 59.

¹³⁹ Innsynsavgjørelsen, Appendix, avsnitt 60.

¹⁴⁰ Se punkt 7 “Relevante bestemmelser”.

forsvaret innsyn i navn på og forklaringer fra nye vitner etter hvert som avgjørelse om å la dem vitne er tatt. Fjerde ledd hjemler eventuelle begrensninger i innsynsretten som følge av ofres og vitners rett til beskyttelse og personvern og beskyttelse av konfidensiell informasjon etter vedtektene og reglene 81 og 82, se punkt 4.5.

Regelen ivaretar retten til en rettferdig rettergang ved å gi forsvaret mulighet til å forberede seg før avhøret av Hovedanklagerens vitner under høringen. Romavedtektene artikkel 67(1)(e) i sammenheng med retten til kontradiksjon stryker denne delen av likhetsprinsippet.

ICTY hjemler tilsvarende rettigheter under tribunalets RPE regel 66(A)(ii). I Kordić & Čerkez-saken er følgende uttalt i forbindelse med tiltaltes rettigheter:

“[T]he obligation to provide witness statements pursuant to Rule 66(A)(ii) is intended to assist the Defence in its understanding of the case against the accused in accordance with his rights under Article 21 of the Statute of the International Tribunal and should thus be provided to the Defence as far in advance of the trial as is possible”.¹⁴¹

Ordlyden i ICC RPE regel 76(1) virker uklar på flere områder. For det første i forbindelse med når den kommer til anvendelse. For det andre om det også skal gis innsyn i navn på og forklaringer fra vitner når Hovedanklageren ikke innkaller til avhør i retten, men bare legger frem et sammendrag fra et tidligere avhør. Og for det tredje hva en forklaring fra et vitne skal inneholde.

Regelen kan tenkes å komme til anvendelse i to sammenhenger, før bekreftelseshøringen og før hovedforhandlingen. Det vil klart være et behov for forsvaret å få innsyn i Hovedanklagerens vitner som skal vitne i hovedforhandlingen, men om behovet også er til stede før bekreftelseshøringen er mer uklart. Romavedtektene artikkel 61(3) gir tross alt forsvaret rett til innsyn i vitnene før bekreftelseshøringen gjennom listen over bevis etter

¹⁴¹ Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Order, 26.02.1999.

regel 121(3). Behovet for informasjon før høringen er dessuten klart mindre enn før hovedforhandlingen, jf. rammene til bekreftelseshøringen etter artikkel 61(7).

Både tittelen på og plasseringen av bestemmelsen legger føringer på løsningen av disse problemene. I følge tittelen gjelder bestemmelsen innsyn på forundersøkellesstadiet. Det vil si både før og etter bekreftelseshøringen og frem til hovedforhandlingen. Dette samsvarer også med sammenhengen regelen står i: innsynsrett under de ulike stadiene av rettsbehandlingen.¹⁴² Regel 76 vil derfor ha innvirkning på innsynsadgangen før høringen, og må videre tolkes i samsvar med både artikkel 61(3) og minimumsgarantiene i artikkel 67.

Formålet med bekreftelseshøringen er som kjent å avgjøre om det er etablert sterke grunner til å tro at mistenkte begikk forbrytelsene vedkommende er anklaget for. Dette innebærer blant annet at Hovedanklageren vil la enkelte av sine vitner forklare seg under høringen for å bygge opp under saken mot mistenkte. I tråd med kontradiksjonsprinsippet har forsvaret også rett til å avhøre disse vitnene, jf. artikkel 67(1)(e). For å sikre et effektivt avhør, og bidra til likestilling mellom partene, bør forsvaret derfor være kjent med hvem disse vitnene er og hva de skal vitne om i god tid før vitneavhøret. Som uttalt i Delalić-saken om forsvarets rett til forberedelse, betyr retten til å avhøre vitner ”more than a blind confrontation in the courtroom”.¹⁴³ Romavedtektene artikkel 61(3)(b) om plikten til å informere om bevis før bekreftelseshøringen støtter også opp under denne forståelsen.

Det foreligger således én plikt før høringen, å gi navn og forklaringer fra vitner som skal vitne under høringen, og en ny plikt etter høringen, vedrørende vitner som skal vitne under hovedforhandlingen. Kravet om tilstrekkelig tid gjelder for begge. Angivelsen av ”tilstrekkelig tid” bør forstås som regel 121(3)s krav til å gi innsyn senest 30 dager før høringen.

¹⁴² ICC RPE Chapter 4. Provisions relating to various stages of the proceedings

¹⁴³ Prosecutor v. Delalić *et al.*, Decision, 18.03.1997, avsnitt 19.

Vilkåret for å ha rett til innsyn i vitnene etter regel 76(1) er at Hovedanklageren planlegger å la dem vitne. Hvorvidt denne innsynsretten også gjelder når Hovedanklageren velger å legge frem et sammendrag av et vitneavhør under høringen, i stedet for å innkalle vitnet til retten, jf. artikkel 61(5) i.f., er diskutabelt.

Ordlyden krever at Hovedanklageren skal gi innsyn i de vitner anklageren ”intends to call to testify”. Dette vil si at når Hovedanklageren bare legger frem et sammendrag under bekreftelseshøringen og heller avhører vitnet under hovedforhandlingen, så er det til hovedforhandlingen at anklageren anmoder (”call to”) vitnet om å vitne. Følgelig virker det rimelig at det da vil være før hovedforhandlingen at innsynet skal gis, og ikke før bekreftelseshøringen.¹⁴⁴

Forundersøkelsesdommeren i Dyilo-saken var ikke enig i denne tolkningen.¹⁴⁵ Dommeren la vekt på formålet med innsynsreglene som er å sikre mistenktes rett til en rettferdig rettergang. Dette er i tråd med formålstolkningen etter Wienkonvensjonen, slik det også var uttalt om vedtektene til ICTY og ICTR i en avgjørelse ved *ad hoc*-domstolenes felles ankekammer:

”The overarching object and purpose of the Statute is ensuring a fair and expeditious trial for the accused. The Trial Chambers are re-composed to ensure the attainment of this object and purpose. Thus, the contextual interpretation of the provisions of the Statute, and by extension, of the Rules implementing the Statute, should meet that object and purpose”.¹⁴⁶

For å kunne forberede seg til å argumentere mot et slikt vitnesammendrag under bekreftelseshøringen, må forsvaret få de opplysninger som Hovedanklageren sitter på, jf. likhetsprinsippet og artikkel 67(1)(b). Forundersøkelseskammeret uttalte derfor at før bekreftelseshøringen skal Hovedanklageren gi innsyn i navn og forklaringer fra vitner som Hovedanklageren vil benytte under høringen, hvis ikke dommeren avgjør annet etter RPE

¹⁴⁴ Brady (2001) s.410

¹⁴⁵ Innsynsavgjørelsen, Appendix, avsnitt 94 flg.

¹⁴⁶ Joseph Kanyabashi v. The Prosecutor, 03.06.1999, avsnitt 16.

regel 81. Denne plikten gjelder uansett om Hovedanklageren skal la vitnene vitne, om anklageren kun skal benytte deres (eventuelt sensurerte) forklaringer eller en skriftlig oppsummering av de bevis som kommer frem i forklaringene.¹⁴⁷ Dette øker omfanget av forsvarrets innsynsrett betydelig. Tidsmessig avgjorde kammeret at innsynet skal gis, eventuelt krever unntak etter regel 81, så snart Hovedanklageren bestemmer seg for å benytte et vitne/ forklaring og senest innen en dato som tilsvarte 30 dager før høringen, i samsvar med regel 121(3).¹⁴⁸ Opplysningen skulle videre gis i både original og på et språk Dyilo forstår og snakker.

Innsynsretten kommer klarere frem i ICTYs prosessregler. Regel 66(A)(ii) hjemler en plikt for Hovedanklageren til å gi, på et språk den tiltalte forstår, kopi av (1) forklaringer av alle vitner Hovedanklageren planlegger å la vitne under hovedforhandlingen og (2) alle utskrifter og skriftlige forklaringer fra vitner etter reglene 92 *bis*, 92 *ter* og 92 *quater*, det vil si vitneutsagn som skal legges frem som utskrift eller dokument i stedet for muntlig vitneavhør som er hovedregelen, se regel 89(F). Forundersøkelseskammeret eller en eventuell oppnevnt forundersøkelsesdommer (regel 65 *ter*) skal bestemme et tidspunkt for når dette skal være gjort. Videre plikter Hovedanklageren også å gi innsyn i (3) forklaringer fra ytterlige vitner så snart Hovedanklageren har bestemt seg for å la dem vitne, sml. regel 67(C). Eventuelle unntak gjelder etter regel 53 og 69.

Selv om Hovedanklageren ved ICC ikke vil benytte vitnet eller noen form for sammendrag fra et avhør under verken bekreftelseshøringen eller hovedforhandlingen bør innsyn allikevel gis hvis informasjonen kan antyde den mistenktes uskyld, jf artikkel 67(2), se punkt 4.5.

Hva som menes med “forklaringene ... av ... vitnene” er definert i praksis fra ICTY. I Blaškić-saken ble slike forklaringer definert av ankekammeret som ”an account of a person’s knowledge of a crime, which is recorded through due procedure in the course of

¹⁴⁷ Innsynsavgjørelsen s.6.

¹⁴⁸ Innsynsavgjørelsen s.9 og 10.

an investigation into the crime”.¹⁴⁹ Videre må opphavet og formen på forklaringene tolkes på samme måte som forklaringer fra den tiltalte, det vil si både tatt opp av Hovedanklageren eller av andre og uansett form,¹⁵⁰ se punkt 4.3.1.

4.3.3 Inspeksjon

Hovedanklagerens plikt til å tillate forsvaret å foreta inspeksjon i deres materiale er hjemlet i ICC RPE regel 77.¹⁵¹ Etter denne bestemmelsen har forsvaret en rett til å inspisere bøker, dokumenter, fotografier eller andre fysiske objekter som er i anklagerens besittelse eller kontroll. Inspeksjonsretten er begrenset til det materiale som (1) kan benyttes til forberedelse for forsvaret, (2) Hovedanklageren har til hensikt å benytte som bevis under bekreftelseshøringen, og eventuelt videre under hovedforhandlingen (her er begge spesifisert, sml. regel 76), eller (3) er skaffet fra eller tilhører den mistenkte. Unntak følger etter Romavedtektene og reglene 81 og 82 i RPE, se punkt 4.5.

Inspeksjonsretten kan utledes fra retten til effektiv forberedelse etter artikkel 67(1)(b) og bidrar til å likestille partene. Ved tolkningen av regelen er det særlig spørsmålene om når inspeksjon skal tillates og hva som er ”materiale ... til forberedelse av forsvaret” som gjør seg gjeldende.

Tidspunktet for inspeksjon følger ikke av ordlyden til bestemmelsen. Sett i sammenheng med andre relevante innsynsbestemmelser i Romavedtektene og prosessreglene bør inspeksjonen tillates i tilstrekkelig tid før høringen, det vil si senest 30 dager før, jf. regel 121(3). Med tanke på hva Hovedanklageren skal tillate inspeksjon i vil dette være, som for alt annet innsyn, materiale av relevans for bekreftelseshøringen. Det kan her være naturlig å se nærmere på Jugoslaviatribunalets forståelse av begrepet ”materiale”.

¹⁴⁹ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 26.09.2000, avsnitt 15.

¹⁵⁰ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 27.01.1997, avsnitt 38.

¹⁵¹ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

ICCs regel 77 er nærmest identisk med ICTYs inspeksjonsbestemmelse, ICTY RPE regel 66(B), spesielt når det gjelder hva forsvaret har rett til å inspisere. Den eneste forskjellen mellom de to reglene er at forsvaret må anmode retten om å få inspisere. Tidligere utløste en slik anmodning en automatisk rett for Hovedanklageren til også å inspisere forsvarets materiale, noe som medførte at forsvaret sjelden anmodet. ICC fulgte ikke opp denne regelen, og ICTYs dommere har nå tatt den ut av tribunalets prosessregler.¹⁵²

ICTYs tolkning av ”materiale” kom frem i en avgjørelse i Delalić-saken.¹⁵³ Bakgrunnen for denne avgjørelsen var en anmodning forsvaret hadde fremsatt om å få inspisere alt materiale i Hovedanklagerens besittelse og kontroll som hadde med tiltalte eller fangeleiren Celebici¹⁵⁴ å gjøre. I følge forsvaret ville alt dette være materiale til forberedelse av forsvaret.

I sin tolkning søkte ICTY veiledning i amerikansk rett, da regel 66(B) var ”substantially similar” til regel 16(a)(1)(C) i den amerikanske straffeprosesslovgivningen,¹⁵⁵ som også er opphavet til bestemmelsen. Retten uttalte på bakgrunn av en analyse av den amerikanske regelen med tilhørende praksis at et materiale er relevant bevis hvis det er

”significantly helpful to an understanding of important inculpatory or exculpatory evidence; it is material if there is a strong indication that ... it will play an important role in uncovering admissible evidence, aiding witness preparation, corroborating testimony, or assisting impeachment or rebuttal”.¹⁵⁶

Dette er en meget vid forståelse av den første inspeksjonskategorien, noe som i utgangspunktet kan bety at forsvaret har rett til å inspisere omfattende materiale hos Hovedanklageren. Resultatet i avgjørelsen, derimot, var det motsatte. Forsvarets anmodning om å få inspisere ble avslått. Grunnen til dette var mangel på spesifisering av hvilke bevis forsvaret krevde innsyn i. I følge ICTY kan ikke forsvaret basere seg på

¹⁵² Regel 67(C) tatt ut av ICTY RPE ved endring av 12. desember 2003.

¹⁵³ Prosecutor v. Delalić *et al.*, Decision, 26.09.1996.

¹⁵⁴ Hovedanklageren mente Delalić hadde kommandoen over denne leiren.

¹⁵⁵ United States’ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 16(a)(1)(C).

¹⁵⁶ Prosecutor v. Delalić *et al.*, Decision, 26.09.1996, avsnitt 7.

overbevisende påstander eller en allmenn beskrivelse av informasjonen, “ but must make a prima facie[sic] showing of materiality and that the requested evidence is in the custody or control of the Prosecution”.¹⁵⁷ ICTY konkluderte derfor slik:

”The defence has failed to identify specific material that the Prosecution has within its custody and control to which it has not given the Defence access. Given the absence of a specific identification of material evidence that the Defence alleges the Prosecution has withheld, it is inappropriate for the Trial Chamber to intervene at this time.”¹⁵⁸

Forsvaret ved ICC har en betydelig mer omfattende inspeksjonsrett. Etter innsynsavgjørelsen har forsvaret rett til å foreta en inspeksjon av alt relevant materiale hos Hovedanklageren og kan under inspeksjonen anmode om kopier av materialet.¹⁵⁹ Inspeksjonen må finne sted så snart Hovedanklageren har identifisert hvilke bevis som vil bli lagt frem under høringen og senest 30 dager før høringen, jf. innsynsavgjørelsen side 8 og 9.

4.4 Bevis som kan antyde den mistenktes uskyld

Romavedtektene artikkel 67(2) gir Hovedanklageren en plikt til så snart som praktisk mulig å gi den mistenkte innsyn i bevis som kan antyde den mistenktes uskyld og ellers være til mistenktes gunst. Hovedanklageren må tro at bevismaterialet, som er i vedkommendes besittelse eller kontroll, viser, eller er tilbøyelig til å vise, at (1)mistenkte ikke er skyldig, (2)det foreligger formildende omstendigheter som har relevans for straffutmålingen, eller (3)bevismaterialet kan ha en innvirkning på troverdigheten til bevis fra Hovedanklageren.

Hovedanklageren avgjør følgelig selv hvilke materiale det skal gis innsyn i innenfor den aktuelle saken. I de tilfeller der Hovedanklageren er usikker på bevismidlets karakter, eller om slikt bevis faller inn under unntak i Romavedtektene eller prosessreglene, skal Hovedanklageren kreve en *ex parte* høring etter RPE regel 83. I tiden frem til

¹⁵⁷ Prosecutor v. Delalić *et al*, Decision, 26.09.1996, avsnitt 9.

¹⁵⁸ Prosecutor v. Delalić *et al*, Decision, 26.09.1996, avsnitt 10.

¹⁵⁹ Innsynsavgjørelsen s.6.

bekreftelseshøringen er det forundersøkelseskammeret som skal avgjøre slike spørsmål. Bestemmelsen går lenger enn ICTYs regler og utgjør et betydningsfullt bidrag til den internasjonale straffeprosess.¹⁶⁰

Artikkel 67(2) er avgjørende for mistenktes rett til å kunne forberede sitt forsvar og er et godt eksempel på ivaretagelsen av likhetsprinsippet i ICCs regelverk. Da ordlyden er vid, må artikkelen, ved tolkning, sees i sammenheng (”context”) med de andre innsynsbestemmelsene for å bevare en riktig balanse mellom disse og sørge for en rettferdig rettergang. Bestemmelsen må også sees i sammenheng med artikkel 54(1)(a) hvorefter Hovedanklageren plikter å etterforske ”incriminating and exonerating circumstances equally”. Plikten stammer fra civil law funksjonen til Hovedanklageren som skal opptre i samfunnets interesse og samle bevis for og mot den mistenkte for å komme frem til sannheten.¹⁶¹

Den tilsvarende bestemmelsen ved Jugoslaviatribunalet er regel 68(i), som fremsetter en løpende plikt for Hovedanklageren til, så snart som mulig, å gi forsvaret innsyn i det Hovedanklageren mener kan være materiale til fordel for den tiltalte ved at det kan (1) vise tiltaltes uskyld eller nedsette graden av skyld, eller (2) ha en innvirkning på troverdigheten til Hovedanklagerens vitner. Det er Hovedanklageren selv som avgjør hva som kan være potensielt frifinnende, men han kan også søke veiledning av retten, jf. regel 68(iv), som sammen med regel 70 utgjør de relevante unntaksbestemmelsene.

Et eksempel fra praksis som viser omfanget under den andre kategorien, vitners troverdighet, kan hentes fra Furundžija-saken:

”Witness A is the survivor of deeply traumatising events, part of which from the subject matter of the charges against the accused. Her testimony has been pivotal to the Prosecution’s case. In the course of the proceedings leading up to and including trial, it has been obvious that she received either counselling or

¹⁶⁰ Zappalà (2003) s.148-149.

¹⁶¹ Wladimiroff (2000) s.441

treatment as a result of the events which she endured. The accused's defence has been conducted on the basis that Witness A's memory was flawed. Any evidence relating to the medical, psychiatric or psychological treatment or counselling that this witness may have received is therefore clearly relevant and should have been disclosed to the Defence. The Trial Chamber therefore concludes that the Prosecution failed to comply with its discovery obligations".¹⁶²

Hovedanklagerens manglende overholdelse av innsynspliktene ledet i denne saken til gjenåpning av hovedforhandlingen for å behandle vitneavhøret på nytt. I en avgjørelse i Blaškić-saken uttalte retten at ICTY i alminnelighet ikke vil sanksjonere Hovedanklageren for manglende overholdelse, men heller vil vurdere om forsvarets sak er skadet på grunn av regelbruddet og så handle deretter.¹⁶³

I etterkant av avgjørelsene nevnt over er det nå inntatt en bestemmelse i prosessreglene som gir forundersøkelsesdommeren *proprio motu*, eller ved anmodning fra en av partene, en rett til å sanksjonere eventuelle brudd på innsynsforpliktelsene, jf. ICTY RPE regel 68 *bis*.¹⁶⁴ Regelen brukes ofte av forundersøkelseskamrene "[t]o enforce timely fulfilment of disclosure obligations",¹⁶⁵ og er vist til i enkelte rettskammeravgjørelser.¹⁶⁶ En avgjørelse av særlig interesse ble gitt i Brđanin-saken i 2002 som drøftet Hovedanklagerens plikter etter regel 68.¹⁶⁷ Retten kom her frem til at Hovedanklageren, ved å gi materiale i form av sammendrag, ikke hadde overholdt regel 68 og beordret derfor Hovedanklageren, med henvisning til regel 68 *bis*, om å gi forsvaret innsyn i sensurerte originaler.¹⁶⁸ Det vesentlige for retten, som i denne sammenheng viste til Blaškić-saken

¹⁶² Prosecutor v. Furundžija, Decision, 16.07.1998, avsnitt 18.

¹⁶³ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 28.09.1998.

¹⁶⁴ Inntatt ved vedtakelse av 13.12.2001. IT/32/REV.22

¹⁶⁵ Thirteenth annual report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 dated 15 August 2006 to the General Assembly(A/61/271) and the Security Council(S/2006/666), pursuant to article 34 of the statute of the International Tribunal

¹⁶⁶ Eksempelvis: Prosecutor v. Blagojević, Decision, 13.06.2003 og Prosecutor v. Halilović, Decision, 07.05.2004.

¹⁶⁷ Prosecutor v. Brđanin, Decision, 30.10.2002.

¹⁶⁸ Prosecutor v. Brđanin, Decision, 30.10.2002, avsnitt 27. Se også avsnitt 29 og 30.

over,¹⁶⁹ var ikke å sanksjonere Hovedanklageren, men å rette opp feilen overfor forsvaret. Denne løsningen sikrer likhetsprinsippet.

ICCs bestemmelser, derimot, er tause hva gjelder sanksjoner mot brudd på innsynspliktene. I særlige tilfeller kan Romavedtektene artikkel 71 om ”misconduct” kunne komme til anvendelse, men en parallell til ICTY RPE regel 68 *bis* er ikke inntatt. Årsaken er at statspartene under forhandlingene ikke ble enige om innholdet av en slik regel og derfor overlot utviklingen til domstolen.¹⁷⁰

Etter ordlyden i Romavedtektene artikkel 67(2) gjelder innsynsretten ”bevis” og ikke generelt i ”materiale”, slik det er etter Jugoslaviatribunalets regel 68(i). Dette kan lede til en snevrere forståelse av Hovedanklagerens plikt, særlig med tanke på om bevisene det gis innsyn i under denne bestemmelsen må oppfylle krav til ”bevis” under bekreftelseshøringen eller hovedforhandlingen, se artikkel 69(4). En tidligere versjon av prosessreglene til ICTY benyttet også ”bevis”, men dette ble endret til ”materiale” i 2001.¹⁷¹ At bruken av begrepet ”bevis” medførte at Hovedanklageren kun hadde en plikt til å gi innsyn i det materialet som kunne legges frem som bevis i en sak, ble avslått i en avgjørelse i Kordić & Čerkez-saken:

”The reference to ‘evidence’ is not restricted to material in a form that would be admissible in evidence, but includes all information in any form which falls within the quoted description”.¹⁷²

Hvorfor ICC har valgt å bruke betegnelsen ”bevis”, og ikke ”materiale”, er uvisst. Forundersøkelseskammeret i Dyilo-saken referer til ”materiale”.¹⁷³

¹⁶⁹ Prosecutor v. Brđanin, Decision, 30.10.2002, avsnitt 23.

¹⁷⁰ Mer om dette i Brady (2001) s.412-413.

¹⁷¹ IT/32/REV.21 av 12.7.2001.

¹⁷² Prosecutor v. Kordić & Čerkez, Decision, 11.05.2001, avsnitt 9.

¹⁷³ Se eksempelvis innsynsavgjørelsen s.8 punkt 1.

4.5 Unntak

Unntak fra Hovedanklagerens plikt til å gi innsyn er hovedsakelig hjemlet i Romavedtektene, for å beskytte de ulike gruppenes interesser via den primære kilden.

Etter Romavedtektene artikkel 68(5)¹⁷⁴ kan Hovedanklageren holde tilbake bevis og informasjon på forundersøkellesstadiet og i stedet fremlegge et sammendrag, i de tilfeller der innsyn i denne informasjonen vil kunne medføre en alvorlig fare for sikkerheten til et vitne eller vedkommendes familie.¹⁷⁵ Slike tiltak må gjennomføres uten å krenke mistenktes krav på en rettferdig rettergang. Dette gir indikasjoner på at denne bestemmelsen, som for andre unntak, må tolkes restriktivt.¹⁷⁶ Andre midler kan anvendes som ikke reduserer mistenktes rettigheter. Eksempelvis kan innsyn gis bare til forsvarer, eller man kan fysisk verne sikkerheten til vitnet, se artikkel 43(6) om ICC sekretariats enhet for beskyttelse og assistanse til ofre og vitner. Innsynet kan også utsettes til et senere tidspunkt, jf. ICTY RPE regel 69. Etter denne regelen kan Hovedanklageren unntaksvis anmode retten om ikke å gi, eller utsette å gi, innsyn i identiteten til et offer eller et vitne som kan være i fare frem til vedkommende er kommet under beskyttelse av ICTY. I praksis har ICTY utsatt å gi innsyn i slike tilfeller frem til 30 dager før det forventede tidspunkt for hovedforhandling, jf. regel 69(C).¹⁷⁷ Se mer under punktet ”Vurdering - Oppsummering”.

Artikkel 54(3)(e)¹⁷⁸ i Romavedtektene beskytter dokumenter og annen informasjon gitt av stater og organisasjoner til Hovedanklageren på konfidensielt grunnlag med den hensikt å frembringe nye bevis. Hovedanklageren kan ikke gi innsyn i slik informasjon eller fremlegge den som bevis uten samtykke fra bidragsyteren, jf. RPE regel 82. Ønsker Hovedanklageren å legge informasjonen frem som bevis i saken og bidragsyteren samtykker, må forsvaret først gis innsyn. Parallellen til artikkel 54, som regulerer

¹⁷⁴ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

¹⁷⁵ Vitner i internasjonale straffesaker er ofte mer utsatt enn vitner i andre saker, noe som gjør at mange er redde for å vitne for retten. En årsak kan være at etniske grupper som sympatiserer med mistenkte vil oppsøke vitnet.

¹⁷⁶ Ruud (1997) s.60, Opsahl (1996) s.15 og Safferling (2001) s.204

¹⁷⁷ Prosecutor v. Tadić, Decision, 14.11.1995, avsnitt 21 og Prosecutor v. Milutinović *et al.*, Decision, 17.07.2003.

¹⁷⁸ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

Hovedanklagerens plikter, er artikkel 93(8)(b)¹⁷⁹ som hjemler rettigheter for stater til å gi informasjon konfidensielt og bokstav (c) om å tillate innsyn.

Regel 82 er hovedsakelig basert på ICTY RPE regel 70(B) til (F)¹⁸⁰ og beskytter staters og organisasjoners interesser, slik at saken kan bli best mulig belyst. Formålet med regelen og de nevnte artiklene er som uttalt i en avgjørelse i Milošević-saken:

”The purpose of [ICTY RPE] Rule 70(B) to (G) is to encourage States, organisations, and individuals to share sensitive information with the Tribunal. The Rule creates an incentive for such cooperation by permitting the sharing of information on a confidential basis and by guaranteeing information providers that the confidentiality of the information they offer and of the information's sources will be protected. As Trial Chamber I explained several years ago, ‘the exceptions to disclosure in Sub-rules 70(B) to (E) were introduced into the rules to permit the use, as and when appropriate, of certain information which, in the absence of explicit provisions, would either not have been provided to the Prosecutor or have been unusable on account of its confidential nature or its origin.’[Blaškić, 11.11.1997, avsnitt 10] As another Trial Chamber has observed, without such guarantees of confidentiality, it is ‘almost impossible to envisage this Tribunal, of which the Prosecution is an integral organ, being able to fulfil its functions.’[Brđanin, 23.05.2002, avsnitt 18]”.¹⁸¹

Staters nasjonale sikkerhet kan, som nevnt under punktet ”Hensyn”, også hjemle unntak fra innsynsretten til mistenkte, jf. Romavedtektene artikkel 72(1).¹⁸² Bestemmelsen gjelder innsyn som reguleres av artiklene 56(2) og (3), 61(3), 64(3), 67(2), 68(6), 87(6) og 93. Når personer som sitter på opplysninger hevder det vil være fare for en stats sikkerhet om det gis innsyn, må staten det gjelder samtykke, jf. bestemmelsens annet ledd.

¹⁷⁹ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

¹⁸⁰ Brady (2001) s.420

¹⁸¹ Prosecutor v. Milošević, Public version of the confidential decision, 23.10.2002, avsnitt 19.

¹⁸² Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

Unntaksbestemmelsen går lenger enn ICTYs regler og svekker ICCs effektivitet ved at det er statene selv og ikke domstolen som avgjør om informasjon skal nektes fremlagt.¹⁸³

Begrepet ”nasjonal sikkerhet” kan være gjenstand for en vid fortolkning fra stater.

”Nasjonal” indikerer at faren må gjelde staten som helhet, mens for ”sikkerhet” kan det trekkes en parallell til ”sikkerhet” i FN-pakten artikkel 2(4), slik at begrepet innebærer at det er en fare for ”the use of force or threat of force against the political independence or territorial integrity of another State”.¹⁸⁴

Hovedanklagerens egne interesser er beskyttet i RPE regel 81.¹⁸⁵ Etter 81(1) skal det ikke gis innsyn i rapporter og andre interne dokumenter skrevet av en av partene, deres assistenter eller representanter i forbindelse med etterforskningen eller forberedelsen av saken. I de tilfeller hvor informasjon som det skal gis innsyn i kan skade den videre eller pågående etterforskning, kan Hovedanklageren anmode forundersøkelseskammeret om *ex parte* å avgjøre om innsyn kan nektes, jf annet ledd. Planlegger Hovedanklageren å legge frem denne informasjonen som bevis under bekreftelseshøringen, må innsyn gis i god tid før denne.

ICTY hjemler en lignende bestemmelse i RPE regel 66(C) som gir Hovedanklageren en rett til å anmode retten *in camera* om fritak fra plikten til å gi innsyn i nærmere angitt informasjon den er i besittelse av. Dette gjelder informasjon som kan (1)skade videre eller pågående etterforskning, (2)av en eller annen grunn er av i strid med den offentlige interesse, eller (3)innvirker på en stats sikkerhet. I tilknytning til en slik anmodning må Hovedanklageren gi til retten informasjonen som ønskes holdt konfidensiell. En tilsvarende unntaksbestemmelse gjelder spesielt for innsyn i materiale som er til gunst for tiltalte, jf. regel 68(iv).

¹⁸³ Mer om dette i Malanczuk (2002) s.1377-1386. Se Prosecutor v. Blaškić, Decision, 18.07.1997 og ankekammerets avgjørelse av 02.10.1997, som avgjør at det er tribunalet selv, og ikke en stat, som avgjør om det skal nektes innsyn.

¹⁸⁴ Lockwood (1985) s.70-71.

¹⁸⁵ Se punkt 7 ”Relevante bestemmelser”.

En definisjon av hva som er interne dokumenter ved ICTY etter regel 70(A) ble gitt i Blaškić-saken:

”[T]he notes of the investigators ... as well as the internal reports at the Office of the Prosecutor from any expert witness ... must fall within the scope of sub-rule 70(A) and not be the subject of any disclosure or exchange”.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Prosecutor v. Blaškić, Decision, 27.01.1997, avsnitt 40.

5 VURDERING – OPPSUMMERING

Jeg har til nå redegjort for og analysert innsynsreglene ved ICC samt trukket frem hensynene bak disse. Spørsmålet i det følgende vil være det jeg stilte innledningsvis: Sikrer innsynsreglene mistenkte en rettferdig rettergang?

I denne vurderingen vil formålet med bekreftelseshøringen være en sentral faktor. Finnes det tilstrekkelig med bevis til å etablere sterke grunner til å tro at mistenkte har utført forbrytelsene vedkommende er anklaget for, jf. Romavedtektene artikkel 61(7)? Høringen skal ikke bli til en hovedforhandling i miniatyr, selv om en bekreftet tiltalte gir en ”strong presumption of the person’s guilt even before the trial [begins]”.¹⁸⁷ Hvert tiltalepunkt skal støttes med nok materiale til å bevise at mistenkte begikk forbrytelsen. Dette vil medføre at færre bevis legges frem for høringen enn før en eventuell hovedforhandling, slik at også behovet for innsyn vil være kvantitativt mindre. Dog betyr det ikke at man kan lette på kravene kvalitativt sett.

Prinsippet om en rettferdig rettergang er særlig sikret via likhetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet, supplert av minimumsgarantiene i artikkel 67(1), som til sammen er i samsvar med SP og EMK. Hovedregelen for innsyn før bekreftelseshøringen, artikkel 61(3), jf. regel 121(3), fyller grunnleggende deler av prinsippet ved å gi forsvaret rett til tiltaledokumentet og opplysninger om de bevis Hovedanklageren vil legge frem. RPE regel 76 gir et omfattende innsyn i opplysninger om vitner, som ofte er sentrale bevis for Hovedanklageren. Videre sikrer inspeksjonsretten etter regel 77, særlig dens første kategori, forsvaret solid innsikt i Hovedanklagerens sak. Rettigheten forsvaret får etter

¹⁸⁷ Calvo-Goller (2006) s.171 og Shibahara (1999) s.786.

artikkel 67(2) er av avgjørende betydning for forberedelsen av saken, og sikrer alene en vesentlig del av mistenktes rett til en rettferdig rettergang.

Begrensninger i innsynsretten følger av de ulike unntaksbestemmelsene som skal beskytte ofre og vitner, organisasjoner, stater og Hovedanklageren. Bestemmelsene må tolkes restriktivt da det skal mye til å begrense mistenktes rettigheter, jf. kravet om at unntak krever at det er ”strengt nødvendig”. Likevel vil det i utgangspunktet være klart at unntak grunnet i en stats nasjonale sikkerhet bør respekteres. Når det gjelder konfidensiell informasjon bør Hovedanklager oppfordre staten til å samtykke i å gi innsyn.

Gjennomgangen av innsynsreglene viser således at Hovedanklagerens plikter i sum gir mistenkte et betydelig innsyn i relevant materiale før bekreftelseshøringen og likestiller langt på vei partene i forberedelsesfasen av saken. I forhold til ICTYs innsynsregler er ICCs regler mer skjematiske og går stort sett lenger, noe som bedrer innsynsadgangen til mistenkte. Allikevel foreligger det også flere unntaksbestemmelser som skal sikre balansen mellom mistenkte og Hovedanklageren og hans kilder. Disse bestemmelsene kan gjøre situasjonen mindre oversiktlig og øke faren for at mistenktes rettigheter krenkes.

Flere forfattere åpner for utvidede innsynsplikter for Hovedanklageren, blant annet ved å redusere unntaksbestemmelsene og ellers gjøre reglene klarere. Fra et menneskerettighetsperspektiv foreslår Safferling avvæpnende at Hovedanklageren bør gi innsyn i alt materiale, i det minste til forsvareren:¹⁸⁸

“Why should the prosecution not just present to the defence all material that is relevant to the case? It would seem intrinsically ‘fair’ for the prosecution simply to play with a completely open hand and disclose its entire case. This would also erase a matter of complicated rules and a field of potential conflicts producing further delays”.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Safferling (2001) s.203

¹⁸⁹ Safferling (2001) s.200. Se også s.204.

En slik tilnærming kan i utgangspunktet virke rimelig, men vil ikke være hensiktsmessig, da unntaksreglene i enkelte tilfeller kan være helt nødvendig for at et bevis skal kunne komme frem eller gis til Hovedanklageren i første omgang. Dette viser at balansen mellom de ulike interessene må respekteres. Men Safferling har et poeng om at reglene er for kompliserte, noe som igjen er tidkrevende for retten.

Relevante unntak kan i følge Safferling være nektelse av innsyn i saker der vitner eller ofre trenger beskyttelse (som da skal gis av en dommer) eller for å beskytte nasjonal sikkerhet.¹⁹⁰ Visse statshemmeligheter eller spesielt sensitiv informasjon kan gis innsyn i til forsvareren alene.¹⁹¹ Calvo-Goller vil frata Hovedanklageren retten til selv å avgjøre hva som er bevis til mistenktes gunst ved å gi mistenkte innsyn i materiale som eksplisitt og implisitt kan antyde den mistenktes uskyld.¹⁹²

Slike endringer vil føre til at ICCs regelverk nærmer seg inkvisisjonssystemet med utstrakt bruk av saksmappen, ”dossier de la cause”:

“Theoretically, disclosure of evidence by means of the dossier should provide the accused with all the information needed to prepare a full defence to any charge brought”.¹⁹³

Saksmappen har en sentral rolle i innsynsadgangen, og som Zappalà hevder bør Hovedanklageren både ha en mappe mot og en til fordel for den mistenkte.¹⁹⁴ Men kravene bør gå enda lenger. Ved klarere og strengere regler for hva mappen skal inneholde kan Hovedanklageren pålegges å gi innsyn i hele.

Rettergangen er riktignok lagt opp etter anklageprinsippet, det vil si at det er en form for konkurranse mellom to uavhengige parter, noe som igjen indikerer at det ikke bør være full åpenhet. For å komme frem til riktig resultat, eller få andre opplysninger av motparten, må

¹⁹⁰ Safferling (2001) s.204

¹⁹¹ Safferling (2001) s.196

¹⁹² Calvo-Goller (2006) s.138

¹⁹³ Niblett (1997) s.213

¹⁹⁴ Zappalà (2003) s.149

partene kunne holde noe informasjon tilbake. Men, i denne sammenheng er det viktig å være klar over at Hovedanklageren ikke bare er en part. Han er også et organ ved ICC og har en plikt til å etterforske både for og i mot den mistenkte for å finne sannheten, jf. artikkel 54(1)(a). Tar Hovedanklageren sine innsynsplikter i betraktning på et tidlig stadium, vil det kunne lette arbeidet og legge til rette for raskere og enklere innsyn for forsvaret etter mistenktes første møte for retten.

Hovedanklageren bør derfor pålegges å presentere en foreløpig saksmappe for mistenkte allerede ved arrestasjonen, eller senest 30 dager etter, jf. tidsfristen ved ICTY.¹⁹⁵ Mappen bør oppfylle sentrale deler av innsynsretten slik at forsvaret kan danne seg et solid bilde av saken så tidlig som mulig. Alle unntak fra innsyn må godkjennes og følges opp av en egen forundersøkelsesdommer, som så gir innsyn i opplysningene så snart grunnlaget for unntaket faller bort. Dette vil særlig kunne gjelde unntak til beskyttelse av den videre etterforskningen, men også med tanke på beskyttelse av vitner. Vitner er ofte redde for å vitne og det er viktig å respektere deres fundamentale menneskerettigheter. Via et nært samarbeid med statsparter kan vitner fysisk beskyttes gjennom ulike programmer.¹⁹⁶

Aktive dommere som følger opp partene og er med å styre innsynsprosessen, slik forundersøkelseskammeret gjorde i Dyilo-saken (statuskonferanser etter ICC RPE regel 121(2)(b)), er viktig for å sikre mistenktes rettigheter. En slik domstolskontroll er også med å styrke ICCs legitimitet ved at dommerne kan sikre rettferdighet. ICC er en transparent domstol, og særlig prosessen fra tidspunktet mistenkte er i ICCs varetekt er synlig for verdenssamfunnet og lettere gjenstand for kritikk enn under etterforskningen.

Men domstolskontroll kan også være uheldig hvis dommer og etterforsker blir knyttet for tett sammen, slik at dommeren lar seg påvirke av etterforskernes holdninger og ønsker. For å hindre slike utfall er det viktig å ha forskjellige dommere på de ulike stadiene av rettergangen.

¹⁹⁵ ICTY RPE Regel 66(A)(i).

¹⁹⁶ ICC sekretariatets enhet for beskyttelse og assistanse til ofre og vitner, jf. Romavedtektene artikkel 43(6).

Et problem som kan oppstå når regler hentes fra ulike prosessmodeller, er at reglene gir utilsiktede konsekvenser. Faren for dette ved ICC er klart til stede under forundersøkellesstadiet og kan påvirkes av innsynsprosessen. Som beskrevet under punkt 4.1, blir en mistenkt ved ICTY arrestert og satt i varetekt først etter at tiltalen er bekreftet. Til sammenligning er mistenktes rettigheter ved ICC styrket da mistenkte og forsvarer har en aktiv rolle under bekreftelseshøringen. Men her er mistenkte mest sannsynlig i varetekt allerede. Rettergangen skal i utgangpunktet foregå med mistenkte til stede, jf. artikkel 61(1),¹⁹⁷ dog med enkelte unntak etter annet ledd. Midlertidig løslatelse etter artikkel 60(2) og reglene 118 og 119 kan i praksis vanskelig gjennomføres i slike alvorlige og komplekse krigsforbrytelsessaker.¹⁹⁸

Calvo-Goller viser til ICTYs erfaringer, der antallet avgjørelser og tiden som kreves av domstolen til å høre anmodninger om innsyn, viser at innsynspliktene til Hovedanklageren ofte er mistolket eller ikke strengt etterfulgt.¹⁹⁹

Hvis ikke innsynet blir utført riktig kan det føre til forsinkelser og slik sett være med å krenke en annen side av mistenktes grunnleggende rettigheter: retten til å bli prøvet uten unødige opphold, nedfelt i Romavedtektene artikkel 67(1)(c). I tillegg til å gå utover mistenkte, vil utsettelse også kunne gå utover ICCs troverdighet og legitimitet og dessuten utgjøre en ekstra prosessøkonomisk kostnad.

Etter artikkel 61(1) skal høringen finne sted innen rimelig tid etter mistenktes første møte for retten. Artikkel 67(1)(a) hjemler retten til å bli informert straks og i detalj om anklagenes karakter, årsak og innhold på et språk mistenkte fullt ut forstår og snakker. Denne retten går som nevnt lenger enn SP artikkel 14(3)(a) med begrepet ”innhold”. Dette

¹⁹⁷ Calvo-Goller (2006) s.228. Safferling (2001) s.241 flg. Om diskusjonen rundt rettergang “*in absentia*” se Schabas (1999) a s.807.

¹⁹⁸ Midlertidig løslatelse har forkommet sjelden ved ICTY, se Zappalà (2003) s.115.

¹⁹⁹ Calvo-Goller (2006) s.138

underbygger og taler klart til fordel for å pålegge Hovedanklageren å gi forsvaret innsyn i saksmappen på et tidlig tidspunkt.

Å sørge for innsyn så tidlig som mulig vil ikke bare styrke mistenktes rettigheter, men også føre til en mer effektiv rettergang, noe som også vil være prosessøkonomisk lønnsomt. I en ekspertrapport om måter ICC kan redusere lengden av rettergangen på er innsynsreglene på forundersøkellesstadiet vurdert.²⁰⁰ Rapporten legger særlig vekt på Hovedanklagerens interne arbeid med saksmappen under etterforskningen og mer aktive dommere. Dog må effektiviteten ikke gå utover kravet om en riktig avgjørelse.

Å respektere og sikre mistenktes rettssikkerhetsgarantier er også viktig for domstolen selv. Dette vil være avgjørende for domstolens legitimitet og dens funksjon og rolle i det internasjonale samfunnet.

“The world’s perception and judgement of the International Criminal Court will depend on its effectiveness, the degree of fairness of the prosecution and of the trials”.²⁰¹

Effektive, troverdige og rettferdige avgjørelser spiller en avgjørende rolle for langsiktig fred og forsoning i kjølvannet av alvorlige internasjonale forbrytelser. Dette gjelder ikke bare for ofre og vitner i de aktuelle områdene, men også som et signal til andre samfunn om at ingen vil gå ustraffet for slike ugjerninger. Videre vil det være et signal til stater om å ta internasjonale forbrytelser på alvor ved å forby forbrytelsene i nasjonal lovgivning.

Avgjørelsene må også være troverdige fordi de er med og skriver historien om hva som skjedde i de konfliktrammende områdene slik at partene kan enes om en felles forståelse. Dette viser igjen Hovedanklagerens sentrale rolle under etterforskning for og mot mistenkte – å finne sannheten.

²⁰⁰ Informal Expert Paper: Measures available to the International Criminal Court to reduce the length of proceedings. – V. Pre-trial and trial preparation stage.

²⁰¹ Calvo-Goller (2006) s.2

Domstolens funksjon er også å være en modell for andre rettssystemer, både nasjonale og internasjonaliserte, såkalte hybrid-domstoler, som i fremtiden nok vil foretrekkes fremfor *ad hoc*-domstolene. Innsynsreglene ved ICC vil kunne være et godt utgangspunkt for andre domstoler, men også her vil partene være tjent med klarere regler.

6 LITTERATURLISTE

Rettslige instrumenter

Hague Conventions I and II of 1899 and 1907

Charter of the International Military Tribunal, London Agreement of 8 August 1945

Charter of the United Nations, 24.10.1945

Statute of the International Court of Justice, 1945

United States' Federal Rules of Criminal Procedure, 1946, sist endret 01.12.2006

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, 19.01.1946

Universal Declaration of Human Rights, 1948

Geneva Conventions of 1949

European Convention on Human Rights. Rome, 1950

International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16.12.1966

American Convention on Human Rights, 1969

Vienna Convention on the Law of Treaties. Vienna, 23.05.1969

First and Second Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949, 1977

African Charter on Human and People's Rights, 1981

ICTY Rules of Procedure and Evidence, IT/32/Rev.39, 11.2.1994, sist endret 13.9.2006

ICTR Rules of Procedure and Evidence, 29.6.1995, sist endret 10.11.2006

Rome Statute of the International Criminal Court of 1 July 2002

ICC-ASP/1/3 – A. Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court

ICC-ASP/1/3 – B. Elements of Crimes

Resolusjoner og rapporter

UN Security Council Resolution 827(1993) (ICTY Statute)

UN Security Council Resolution 955(1994) (ICTR Statute)

UN Security Council Resolution 1315(2000)

Year Book of the International Law Commission 1966-II.

Human Rights Watch: Commentary to the Preparatory Commission Rules of Evidence and Procedure for the International Criminal Court (Part 1, Feb. 1999) www.iccnw.org

ICC-OTP: Informal expert paper: Measures available to the International Criminal Court to reduce the length of proceedings, 2003.

Thirteenth annual report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 dated 15 August 2006 to the General Assembly(A/61/271) and the Security Council(S/2006/666), pursuant to article 34 of the statute of the International Tribunal.

Rettsavgjørelser

EMD

Tyrer v. the UK, Application no. 5856/72, Judgment. Strasbourg, 25.04.1978

Kamasinski v. Austria, Application no. 9783/82, Judgment. Strasbourg, 19.12.1989

Edwards v. UK, Application no. 13071/87, Judgment. Strasbourg, 16.12.1992

Doorson v. Nederland, Judgment, Reports of Judgments and Decisions 1996-II. Strasbourg, 26.03.1996

Van Mechelen and Others v. The Netherlands, Judgment. Strasbourg, 23.04.1997

Dowsett v. UK, Application no. 39482/98, Judgment. Strasbourg, 24.06.2003

ICC

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Case No ICC-01/04-01/06

ICC-01/04-01/06-54, Decision Requesting Observations of the Prosecution and the Duty Counsel for the Defence on the System of Disclosure and Establishing an Interim System of Disclosure. Haag, 23.03.2006

ICC-01/04-01/06-102, Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable. Haag, 15.05.2006

ICC-01/04-01/06-126, Decision on the Postponement of the Confirmation Hearing and the Adjustment of the Timetable set in the Decision on the Final System of Disclosure. Haag, 24.05.2006

ICC-01/04-01/06-454, Decision on the Postponement of the Confirmation Hearing. Haag, 20.09.2006

ICC-01/04-01/06-521, Decision on the Date of the Confirmation Hearing. Haag, 05.10.2006

ICJ

Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, s.4

Libya v. Tsjad, Judgment, ICJ Rep. 1994 s.6

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. Reports 1998, s.275

LaGrand – Germany v. United States of America, Judgment. Haag, 27.01.2001

ICTY

Prosecutor v. Blagojević, ICTY Case No. IT-02-60-T, Decision on Vidoje Blagojević's Expected Motion to Compel the Prosecution to Disclose its Notes from Plea Discussions with the Accused Nikolic & Request for an Expedited Open Session Hearing. Haag, 13.06.2003

Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14, Decision on the Production of Discovery Materials. Haag, 27.01.1997

Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14, Decision on the Objections of Croatia to the Issue of Subpoena Duces Tecum. Haag, 18.07.1997

Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14, Decision on the Defence Motion for Sanctions for the Prosecutor's Failure to Comply with Sub-Rule 66(A) of the Rules and the Decision of 27 January 1997 Compelling the Production of all Statements of the Accused, Haag, 15.07.1998

Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14-T, Decision on the Defence Motion for Sanctions for the Prosecutor's Continuing Violation of Rule 68. Haag, 28.09.1998

Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14, Decision on the Appellant's Motions for the Production of Material, Suspension of Extension of the Briefing Schedule, and Additional Filings. Haag, 26.09.2000

Prosecutor v. Brđanin, ICTY Case No. IT-99-36-T, Decision on “Motion for Relief from Rule 68 Violations by the Prosecutor and for Sanctions to be Imposed Pursuant to Rule 68 bis and Motion for Adjournment while Matters Affecting Justice and a Fair Trial can be Resolved”. Haag, 30.10.2002

Prosecutor v. Delalić *et al.*, ICTY Case No. IT-96-21-T, Decision on the motion by the accused Zejnil Delalić for the disclosure of evidence. Haag, 26.09.1996

Prosecutor v. Delalić *et al.*, ICTY Case No. IT-96-21-T, Decision on the Motion to Compel the Discovery of Identity and Location of Witnesses. Haag, 18.03.1997

Prosecutor v. Erdemović, ICTY Case No. IT-96-22-A, Judgement. Haag, 1997

Prosecutor v. Furundžija, ICTY Case No. IT-95-17/1, Decision on "defendant's motion to strike the testimony of witness A due to prosecutorial misconduct or, in the event to a conviction, for a new trial". Haag, 16.07.1998

Prosecutor v. Furundžija, ICTY Case No. IT-95-17/1, Appeal Chamber Judgement, Declaration of Judge Patrick Robinson. Haag, 21.07.2000

Prosecutor v. Halilović, ICTY Case No. IT-01-48-PT, Decision on Defence Objection to Prosecution Continued Disclosure. Haag, 07.05.2004

Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY Case No. IT-95-14/2, Order on Motion to Compel Compliance by the Prosecutor with Rules 66(A) and 68, Haag, 26.02.1999

Prosecutor v. Kordić & Čerkez, ICTY Case No. IT-95-14/2, Decision on Motions to Extend Time for Filing Appellant’s Briefs. Haag, 11.05.2001

Prosecutor v. Kupreškić *et al.*, ICTY Case No. IT-95-16-T, Haag, 14.01.2000

Prosecutor v. Milošević, ICTY Case No. IT-02-54, Public version of the confidential decision on the interpretation and application of Rule 70. Haag, 23.10.2002

Prosecutor v. Milutinović *et al.*, ICTY Case No. IT-99-37, Decision on Prosecution's Motions for Protective Measures. Haag, 17.07.2003

Prosecutor v. Simić *et al.*, ICTY Case No. IT-95-9, Decision on motion for judicial assistance to be provided by SFOR and others. Haag, 18.10.2000

Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Haag, 02.10.1995

Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Witness L. Haag, 14.11.1995

ICTR

Joseph Kanyabashi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-15-A, Joint and Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, Haag, 03.06.1999

SCSL

Prosecutor v. Brima, Case No. SCSL-04-16-PT-046-I, Decision and Order on Defence Preliminary Motion on Defects in the Form of the Indictment, Freetown, 01.04.2004

Bøker og kommentarer

Aust, Anthony *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, 2000.

Bassiouni, M. Cherif *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York, 1996

Brady, Helen *Disclosure of Evidence*. I: Lee, Roy S. *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence*. Ardsley, 2001 s.403-426

Calvo-Goller, Karin N. *The Trial Proceedings of the International Criminal Court*. Leiden, 2006

Cassese, Antonio *International Law*. 2.utg. Oxford, 2005

Cassese, Antonio *International Criminal Law*. Oxford, 2003

Friman, Håkan *The Rules of Procedure and Evidence in the Investigative Stage*. I: Fischer, Horst, Claus Kress og Sascha Rolf Lüder (eds) *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin, 2001 s.191-217

Knoops, Geert-Jan Alexander *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceedings*. Haag, 2005

Malanczuk, Peter *Protection of National Security Interests*. I: Cassese, Antonio, Paola Gaeta og John R. W. D. Jones *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. II. Oxford, 2002 s.1371-1386

McAuliffe deGuzman, Margaret *Applicable Law*. I: Triffterer, Otto *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. 1.utg. Baden-Baden, 1999 s.435-446

Morris, Virginia og Michael P. Scharf *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Volume I*. New York, 1995

Møse, Erik *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Niblett, John *Disclosure in Criminal Proceedings*. London, 1997

Nowak, Manfred *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*. 2.utg. Kehl, 2005

Opsahl, Torkel *Internasjonale menneskerettigheter: en innføring*. 2.utg. Oslo, 1996

Orie, Alphons *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings*. I: Cassese, Antonio, Paola Gaeta og John R. W. D. Jones *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. II. Oxford, 2002 s.1439-1495.

Pellet, Alain *Applicable Law*. I: Cassese, Antonio, Paola Gaeta og John R. W. D. Jones *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. II. Oxford, 2002 s.1051-1084.

Pellet, Alain *Article 38*. I: Zimmermann, Andreas ... [et.al.] *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Oxford, 2006 s.677-792.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein *Innføring i folkerett*. 3.utg. Oslo, 2006

Ruud, Morten, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald *Utvalgte emner i folkerett. Metode-miljø-havrett-handel*. Oslo, 1997

Safferling, Christoph J.M. *Towards an International Criminal Procedure*. Oxford, 2001

Schabas, William A. [a] *Trial in the Presence of the Accused*. I: Triffterer, Otto *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. 1.utg. Baden-Baden, 1999 s.803-808

Schabas, William A. [b] *Rights of the Accused*. I: Triffterer, Otto *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. 1.utg. Baden-Baden, 1999 s.845-868

Schabas, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. 2.utg. Cambridge, 2004

Shibahara, Kuniji *Confirmation of the charges before trial*. I: Triffterer, Otto *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*. 1.utg. Baden-Baden, 1999 s.783-792

Trechsel, Stefan *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford, 2005

Wladimiroff, Michail *Rights of Suspects and Accused*. I: McDonald, Gabrielle Kirk og Olivia Swaak-Goldman *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law, The Experience of International and National Courts, Volume I, Commentary*. Haag, 2000 s.415-451

Zappalà, Salvatore *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford, 2003

Artikler

Ambos, Kai *International criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?* I: *International Criminal Law Review*. Årg. 3 (2003), S. 1-37

Lockwood, Bert B., Janet Finn og Grace Jubinsky *Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions*. I: Human Rights Quarterly. Årg. 7 (1985), S. 35-88

Shraga, Daphna og Ralph Zacklin *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. I: European Journal of International Law. Årg. 5 (1994) S.360-380

Tochilovsky, Vladimir *Prosecution disclosure obligations in the ICTY and ICTR*. Guest Lecture Series of the Office of Prosecutor. 2004 S.1-14.

7 RELEVANTE BESTEMMELSER

Rome Statute of the International Criminal Court

Article 21

Applicable law

1. The Court shall apply:

(a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;

(b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;

(c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.

2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.

3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.

Article 54

Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations

3. The Prosecutor may:

(e) Agree not to disclose, at any stage of the proceedings, documents or information that the Prosecutor obtains on the condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence, unless the provider of the information consents; and

Article 61

Confirmation of the charges before trial

1. Subject to the provisions of paragraph 2, within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial. The hearing shall be held in the presence of the Prosecutor and the person charged, as well as his or her counsel.

2. The Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor or on its own motion, hold a hearing in the absence of the person charged to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial when the person has:

- (a) Waived his or her right to be present; or
- (b) Fled or cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Court and to inform the person of the charges and that a hearing to confirm those charges will be held.

In that case, the person shall be represented by counsel where the Pre-Trial Chamber determines that it is in the interests of justice.

3. Within a reasonable time before the hearing, the person shall:

- (a) Be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial; and
- (b) Be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing.

The Pre-Trial Chamber may issue orders regarding the disclosure of information for the purposes of the hearing.

4. Before the hearing, the Prosecutor may continue the investigation and may amend or withdraw any charges. The person shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment to or withdrawal of charges. In case of a withdrawal of charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.

5. At the hearing, the Prosecutor shall support each charge with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.

6. At the hearing, the person may:

- (a) Object to the charges;
- (b) Challenge the evidence presented by the Prosecutor; and
- (c) Present evidence.

7. The Pre-Trial Chamber shall, on the basis of the hearing, determine whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged. Based on its determination, the Pre-Trial Chamber shall:

- (a) Confirm those charges in relation to which it has determined that there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed;
- (b) Decline to confirm those charges in relation to which it has determined that there is insufficient evidence;
- (c) Adjourn the hearing and request the Prosecutor to consider:
 - (i) Providing further evidence or conducting further investigation with respect to a particular charge; or
 - (ii) Amending a charge because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.

8. Where the Pre-Trial Chamber declines to confirm a charge, the Prosecutor shall not be precluded from subsequently requesting its confirmation if the request is supported by additional evidence.

9. After the charges are confirmed and before the trial has begun, the Prosecutor may, with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused, amend the charges. If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may, with the permission of the Trial Chamber, withdraw the charges.

10. Any warrant previously issued shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.

11. Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 9 and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any function of the Pre-Trial Chamber that is relevant and capable of application in those proceedings.

Article 67

Rights of the accused

1. In the determination of any charge, the accused shall be entitled to a public hearing, having regard to the provisions of this Statute, to a fair hearing conducted impartially, and to the following minimum guarantees, in full equality:

- (a) To be informed promptly and in detail of the nature, cause and content of the charge, in a language which the accused fully understands and speaks;
- (b) To have adequate time and facilities for the preparation of the defence and to communicate freely with counsel of the accused's choosing in confidence;
- (c) To be tried without undue delay;
- (d) Subject to article 63, paragraph 2, to be present at the trial, to conduct the defence in person or through legal assistance of the accused's choosing, to be informed, if the accused does not have legal assistance, of this right and to have legal assistance assigned by the Court in any case where the interests of justice so require, and without payment if the accused lacks sufficient means to pay for it;
- (e) To examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her. The accused shall also be entitled to raise defences and to present other evidence admissible under this Statute;
- (f) To have, free of any cost, the assistance of a competent interpreter and such translations as are necessary to meet the requirements of fairness, if any of the proceedings or documents presented to the Court are not in a language which the accused fully understands and speaks;
- (g) Not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence;
- (h) To make an unsworn oral or written statement in his or her defence; and
- (i) Not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal.

2. In addition to any other disclosure provided for in this Statute, the Prosecutor shall, as soon as practicable, disclose to the defence evidence in the Prosecutor's possession or control which he or she believes shows or tends to show the innocence of the accused, or to mitigate the guilt of the accused, or which may affect the credibility of prosecution evidence. In case of doubt as to the application of this paragraph, the Court shall decide.

Article 68

Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings

5. Where the disclosure of evidence or information pursuant to this Statute may lead to the grave endangerment of the security of a witness or his or her family, the Prosecutor may, for the purposes of any proceedings conducted prior to the commencement of the trial, withhold such evidence or information and instead submit a summary thereof. Such measures shall be exercised in a manner which is not prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial.

Article 72

Protection of national security information

1. This article applies in any case where the disclosure of the information or documents of a State would, in the opinion of that State, prejudice its national security interests. Such cases include those falling within the scope of article 56, paragraphs 2 and 3, article 61, paragraph 3, article 64, paragraph 3, article 67, paragraph 2, article 68, paragraph 6, article 87, paragraph 6 and article 93, as well as cases arising at any other stage of the proceedings where such disclosure may be at issue.
2. This article shall also apply when a person who has been requested to give information or evidence has refused to do so or has referred the matter to the State on the ground that disclosure would prejudice the national security interests of a State and the State concerned confirms that it is of the opinion that disclosure would prejudice its national security interests.

Article 93

Other forms of cooperation

8. (a) The Court shall ensure the confidentiality of documents and information, except as required for the investigation and proceedings described in the request.
- (b) The requested State may, when necessary, transmit documents or information to the Prosecutor on a confidential basis. The Prosecutor may then use them solely for the purpose of generating new evidence.
- (c) The requested State may, on its own motion or at the request of the Prosecutor, subsequently consent to the disclosure of such documents or information. They may then be used as evidence pursuant to the provisions of Parts 5 and 6 and in accordance with the Rules of Procedure and Evidence.

ICC Rules of Procedure and Evidence

Rule 76

Pre-trial disclosure relating to prosecution witnesses

1. The Prosecutor shall provide the defence with the names of witnesses whom the Prosecutor intends to call to testify and copies of any prior statements made by those witnesses. This shall be done sufficiently in advance to enable the adequate preparation of the defence.
2. The Prosecutor shall subsequently advise the defence of the names of any additional prosecution witnesses and provide copies of their statements when the decision is made to call those witnesses.
3. The statements of prosecution witnesses shall be made available in original and in a language which the accused fully understands and speaks.
4. This rule is subject to the protection and privacy of victims and witnesses and the protection of confidential information as provided for in the Statute and rules 81 and 82.

Rule 77**Inspection of material in possession or control of the Prosecutor**

The Prosecutor shall, subject to the restrictions on disclosure as provided for in the Statute and in rules 81 and 82, permit the defence to inspect any books, documents, photographs and other tangible objects in the possession or control of the Prosecutor, which are material to the preparation of the defence or are intended for use by the Prosecutor as evidence for the purposes of the confirmation hearing or at trial, as the case may be, or were obtained from or belonged to the person.

Rule 81**Restrictions on disclosure**

1. Reports, memoranda or other internal documents prepared by a party, its assistants or representatives in connection with the investigation or preparation of the case are not subject to disclosure.
2. Where material or information is in the possession or control of the Prosecutor which must be disclosed in accordance with the Statute, but disclosure may prejudice further or ongoing investigations, the Prosecutor may apply to the Chamber dealing with the matter for a ruling as to whether the material or information must be disclosed to the defence. The matter shall be heard on an ex parte basis by the Chamber. However, the Prosecutor may not introduce such material or information into evidence during the confirmation hearing or the trial without adequate prior disclosure to the accused.
3. Where steps have been taken to ensure the confidentiality of information, in accordance with articles 54, 57, 64, 72 and 93, and, in accordance with article 68, to protect the safety of witnesses and victims and members of their families, such information shall not be disclosed, except in accordance with those articles. When the disclosure of such information may create a risk to the safety of the witness, the Court shall take measures to inform the witness in advance.

Rule 121**Proceedings before the confirmation hearing**

3. The Prosecutor shall provide to the Pre-Trial Chamber and the person, no later than 30 days before the date of the confirmation hearing, a detailed description of the charges together with a list of the evidence which he or she intends to present at the hearing.
4. Where the Prosecutor intends to amend the charges pursuant to article 61, paragraph 4, he or she shall notify the Pre-Trial Chamber and the person no later than 15 days before the date of the hearing of the amended charges together with a list of evidence that the Prosecutor intends to bring in support of those charges at the hearing.
5. Where the Prosecutor intends to present new evidence at the hearing, he or she shall provide the Pre-Trial Chamber and the person with a list of that evidence no later than 15 days before the date of the hearing.